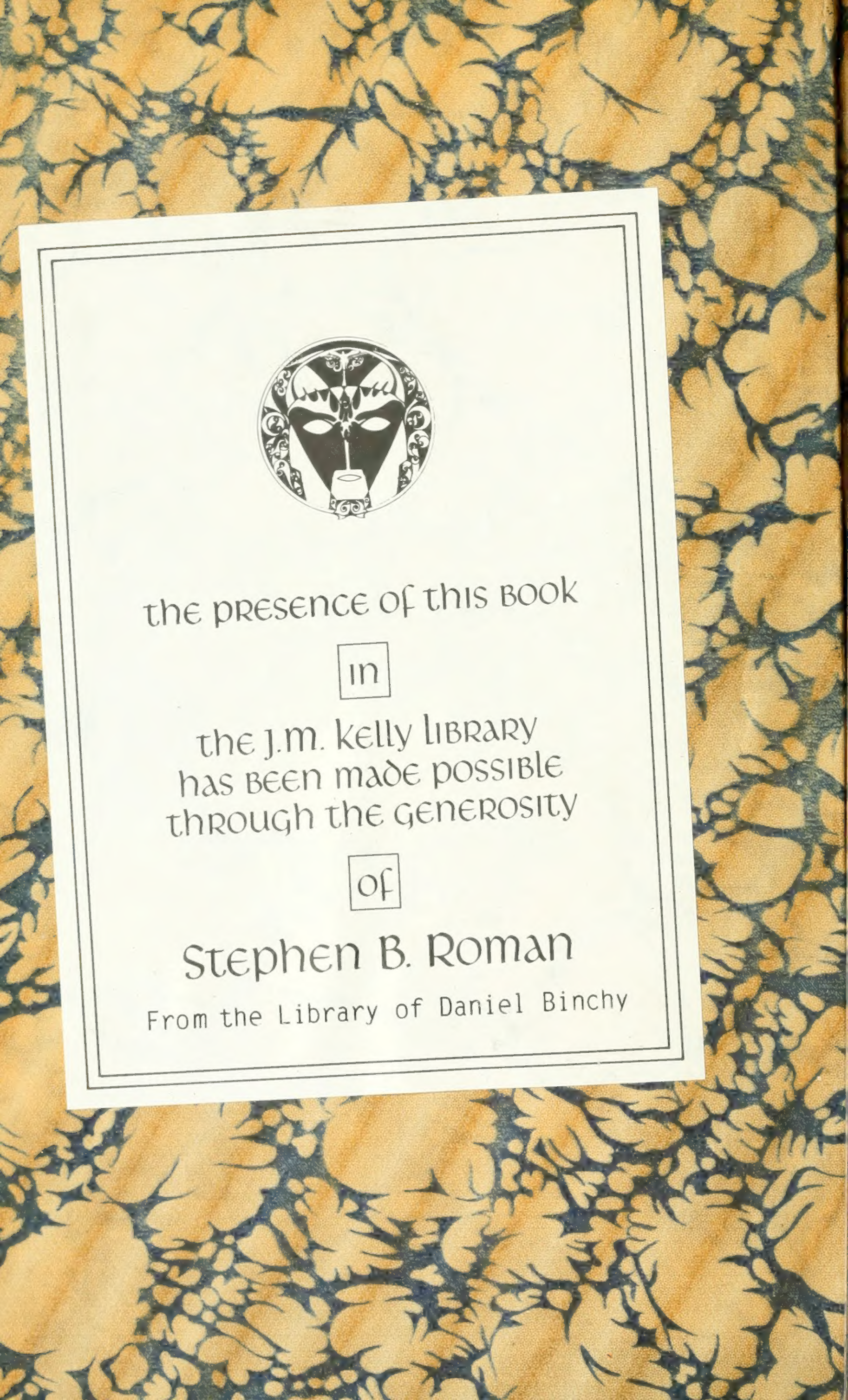
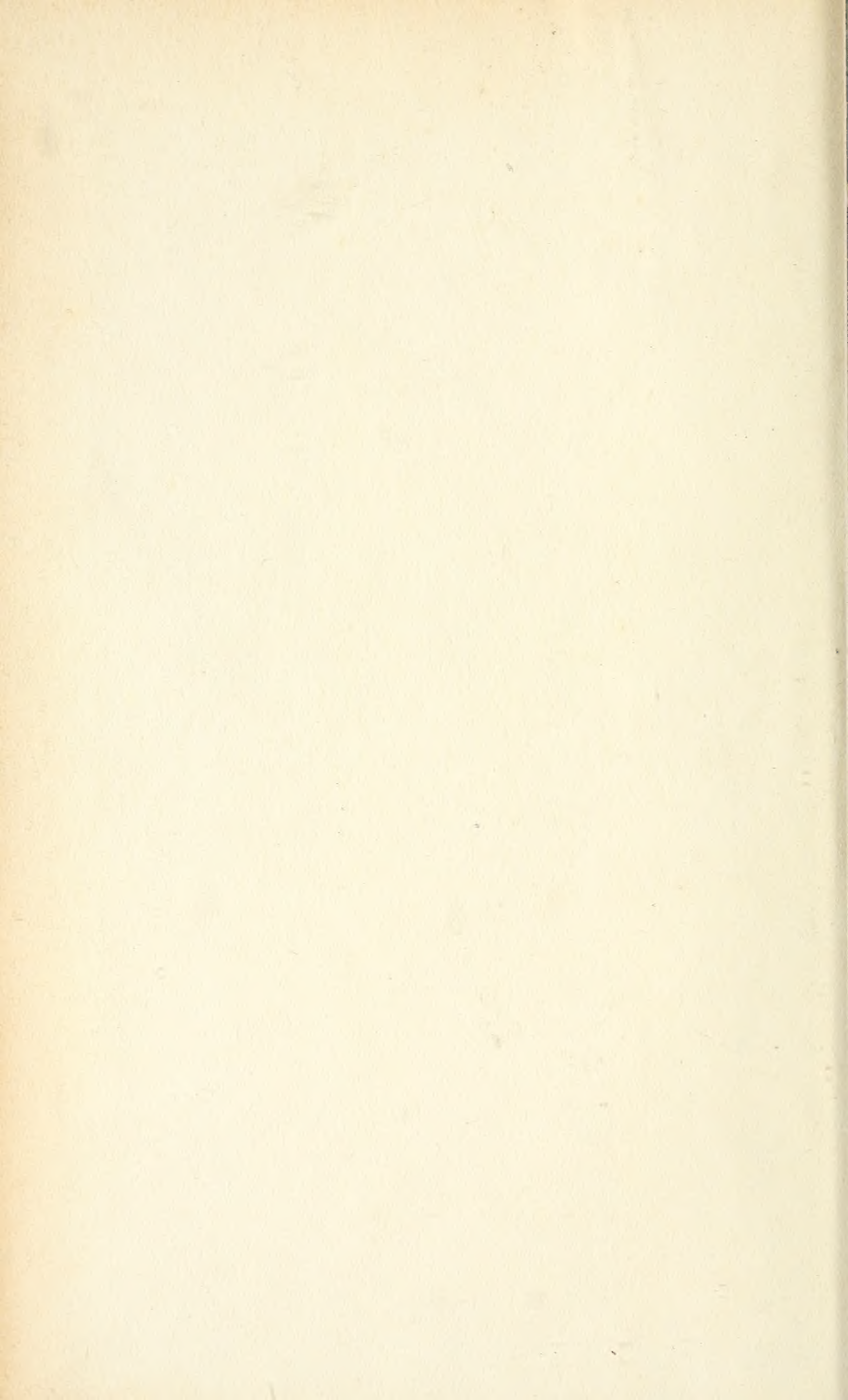
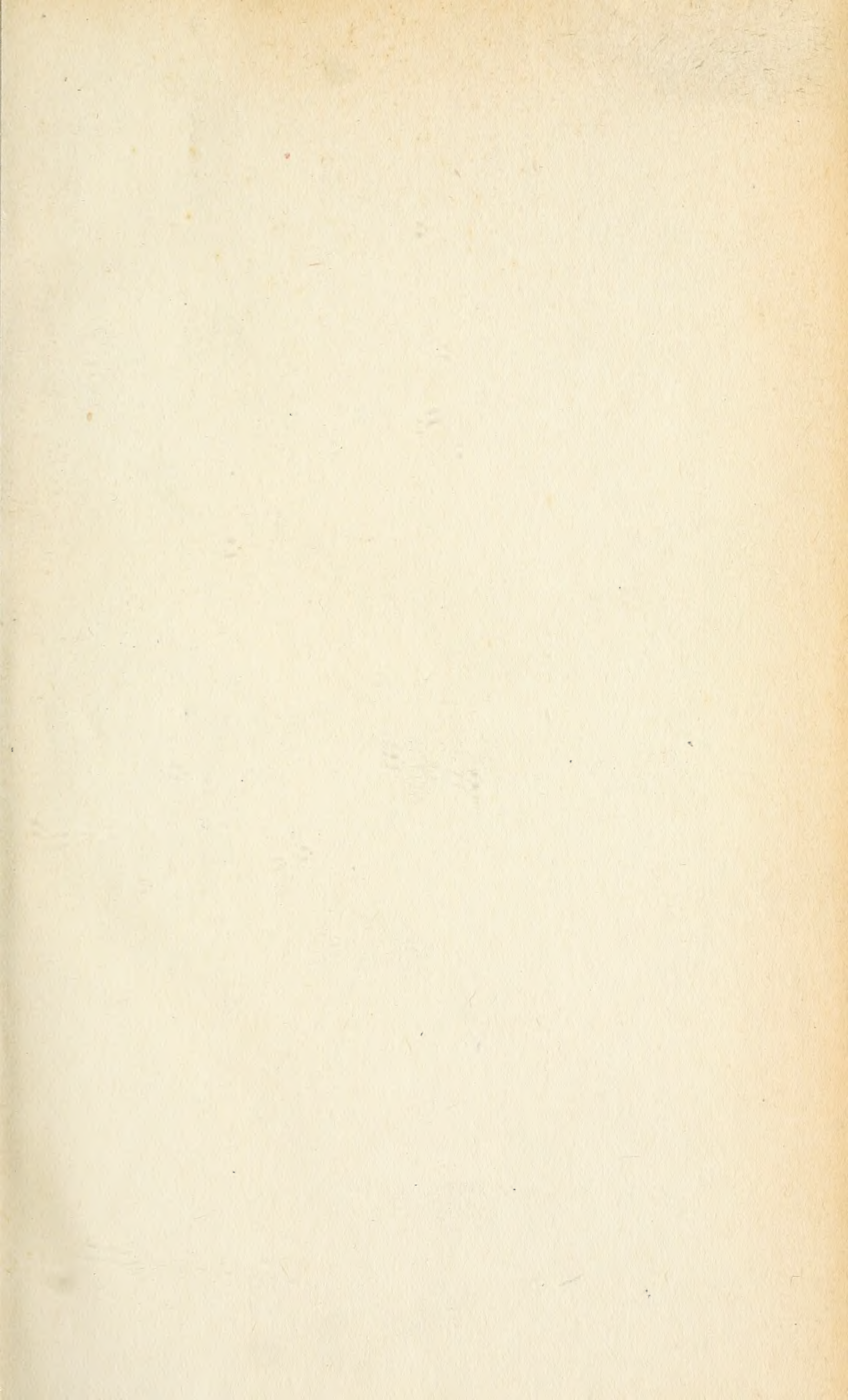
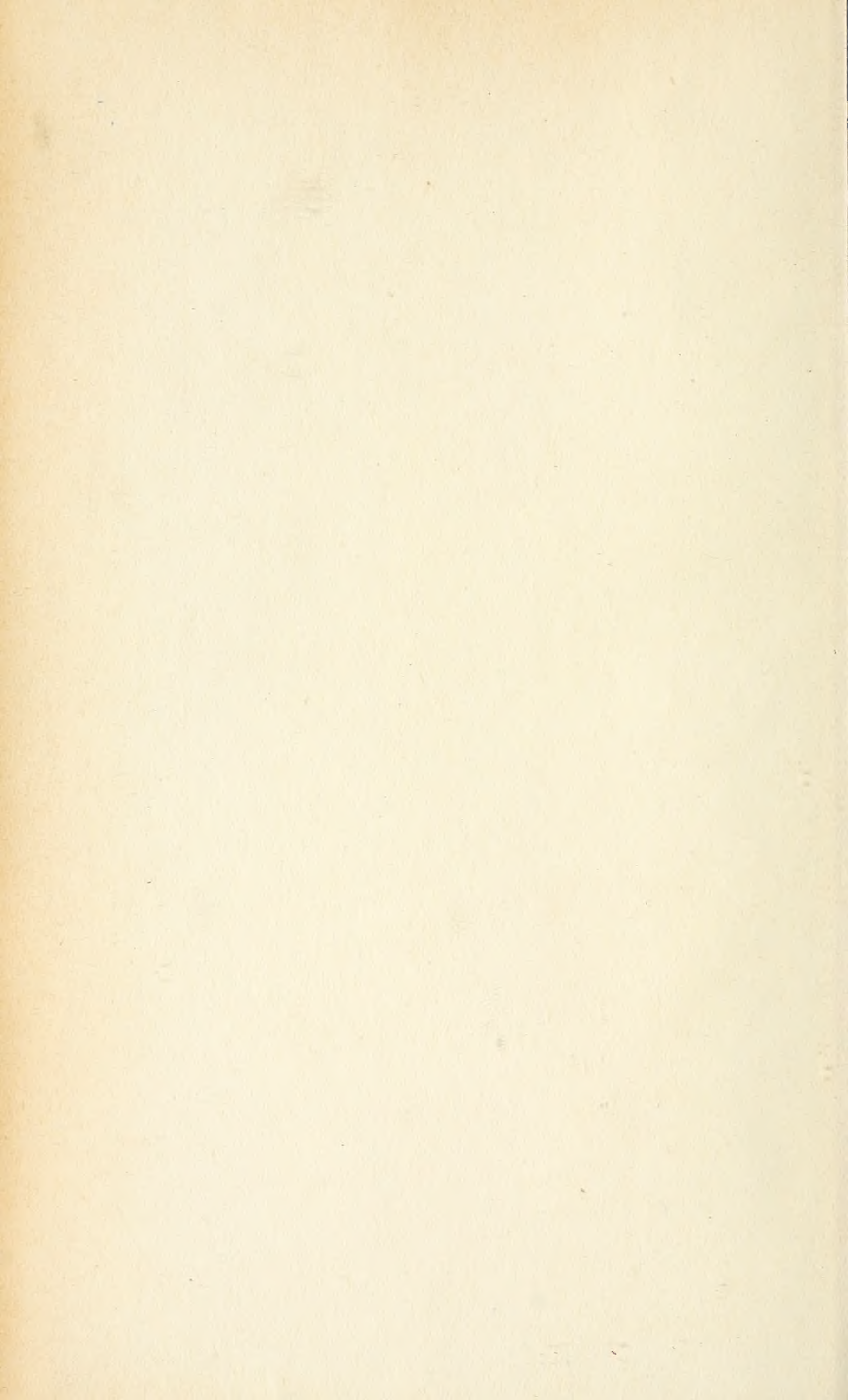

UNIVERSITY OF ST. MICHAEL'S COLLEGE
3 1761 02159983 2











Science et Technique
en droit privé positif

II

SECONDE PARTIE

Élaboration scientifique du droit positif

(*L'irréductible « droit naturel »*).

DU MÊME AUTEUR

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899 (*épuisé*).

La notion de droit positif à la veille du xxe siècle. Dijon, L. Venot, 1901 (*épuisé*).

Les biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900. Paris, A. Rousseau, 1902.

La technique législative dans la codification civile moderne (*à propos du centenaire du Code civil*). Paris, A. Rousseau, 1904.

Code civil allemand (traduction et notes) publié par le Comité de législation étrangère. Livre quatrième. Section première : art. 1297-1588. T. III. Imprimerie nationale, 1908, p. 1-425.

Les procédés d'élaboration du droit civil. Paris, Giard et Brière, 1910.

Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation. 2 vol. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911.

Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. — I. *Introduction. Première partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution.* Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond SALEILLES (extrait de l'*Œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3-63).

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

François GENY
Professeur de droit civil
à l'Université de Nancy

Science et Technique
en droit privé positif



Nouvelle contribution à la
critique de la méthode juridique



II

SECONDE PARTIE

ÉLABORATION SCIENTIFIQUE
DU DROIT POSITIF
(L'irréductible « droit naturel »).

« Hoc nos natura docere non potuit; semina nobis scientiæ dedit, scientiam non dedit. »
(SÉNÈQUE, *Epist. ad Lucilium* [120], lib. XX. ep. 3, § 4.)



—(Octobre 1915)—

Librairie de la Société du
Recueil Sirey
Léon TENIN, Directeur,
22, *Rue Soufflot, PARIS*

NOTE DE L'AUTEUR

Ce second cahier — qui poursuit la publication, commencée, fin 1913, sous le titre « SCIENCE ET TECHNIQUE EN DROIT PRIVÉ POSITIF » — était prêt pour l'impression, dès juillet 1914. Les circonstances profondément troublées, et mêlées d'amères douleurs, dont est restée marquée la période 1914-1915, en ont, seules, retardé la mise au jour.

Ce n'est pas sans quelque hésitation que je produis cette étude à l'heure actuelle. Comment prétendre réveiller l'intérêt pour des idées, alors que nous sommes encore sous la dure tension de l'effort et dans toute la ferveur de l'action ? — A y bien réfléchir, pourtant, il m'a paru, qu'envisagé au delà du cadre un peu restreint, où j'ai dû le contenir, et pénétré jusqu'en son essence intime, le sujet, que je traite ici, n'était pas sans s'accorder à certaines exigences pressantes du moment et qu'il méritait d'être offert, dès maintenant, à la réflexion des penseurs, soucieux de préparer l'avenir.

Aucun esprit averti et attentif ne peut manquer de discerner, à l'origine de la conflagration qui désole l'Europe, une véritable crise morale. Aussi bien, — il ne faut pas nous lasser de le redire, — l'enjeu sublime de la lutte à outrance, où se trouvent engagées les puissances alliées contre les ambitions germaniques, n'est rien moins que la défense même de la *justice*, mieux encore, le rétablissement et l'affermissement définitif du *droit*.

Mais, comment entendre cette *justice*, ce *droit*, où nous sommes d'accord pour reconnaître des biens, qui valent les plus extrêmes sacrifices? Peut-être ne suffit-il pas, en vue de les maintenir et de les développer, du sentiment, un peu vague et presque instinctif, que leur seul nom sait éveiller

en nous. Du moins, faut-il tâcher à nous représenter d'assez près le contenu substantiel d'aspirations aussi profondes, pour en éluder certaines déviations, qui, trop aisément consenties, nous ramèneraient vers ces conceptions, que nous voulons, avant tout, réprouver.

Or, combien de nous, hier encore, — émus des angoisses que suscite tout effort vers l'idéal, et troublés par les infiltrations d'une science trop lourdement positiviste, — tendaient à ne voir la justice qu'à travers les organismes formels, simplement destinés à l'affirmer et à la réaliser! De là, à confondre le droit avec la force, il n'y a qu'un pas. Et ce pas risque de nous entraîner à l'abîme, alors même que nous synthétiserions la force dans l'État organisé, qui, pour certains, semble devenu la divinité suprême.

Contre pareil danger, il n'est de sauvegarde que par la vieille notion de conscience, qui place le noyau intime du droit dans une sphère supérieure, soustraite à l'emprise et à l'arbitraire des hommes, fussent-ils réunis et organisés en société. Assurément, cette doctrine semble ouvrir la voie à de graves difficultés, parce qu'elle impliquerait, pour la détermination précise des règles, une large place faite aux appréciations variables de chacun. Mais on peut, sans doute, échapper à l'écueil, en s'attachant à découvrir le *donné objectif* du « juste » sous tous les reflets, qu'en présente « l'ordre des choses », et se résignant à lui demander seulement des directions générales, que complétera sans peine une technique avisée.

Telle a été l'inspiration capitale du présent essai, dont la conclusion, la plus ferme et la moins discutable, paraît pouvoir s'énoncer ainsi : *Seul, le droit naturel, réduit à son minimum nécessaire, mais d'autant mieux assuré, dans son principe, que le contenu en resterait plus modeste et plus malléable, fournit la base indispensable à une élaboration vraiment scientifique du droit positif.*

Nancy, 12 octobre 1915.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

SECONDE PARTIE

ÉLABORATION SCIENTIFIQUE DU DROIT POSITIF

CHAPITRE PREMIER (VI)

BASES DE L'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE DU DROIT. PRÉCISION DU PROBLÈME

CHAPITRE SECOND (VII)

POINTS DE VUE A ÉLIMINER

CHAPITRE TROISIÈME (VIII)

L'ÉCOLE SOCIOLOGIQUE

CHAPITRE QUATRIÈME (IX)

LA CONCEPTION SOCIOLOGIQUE ÉLARGIE CHEZ M. HAURIOU

CHAPITRE CINQUIÈME (X)

LE SYSTÈME NÉO-HÉGÉLIEN DE J. KOHLER

CHAPITRE SIXIÈME (XI)

LE SYSTÈME CRITIQUE (IDÉALISTE ET FORMEL) DE R. STAMMLER

I

II

III

CHAPITRE SEPTIÈME (XII)

LE SYSTÈME CRITIQUE (RÉALISTE ET POSITIF) DE L. DUGUIT

CHAPITRE HUITIÈME (XIII)

LA CONCEPTION CLASSIQUE DU DROIT NATUREL A L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE

SECTION I

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE BOISTEL

SECTION II

LE DROIT NATUREL, PARTIE DE LA PHILOSOPHIE MORALE, D'APRÈS V. CATHREIN

I

Pages.

II

III

CHAPITRE NEUVIÈME (XIV)

ESSAI DE SYNTHÈSE DES DONNÉES DU DROIT POSITIF SUSCEPTIBLES DE SERVIR DE BASES A SON ÉLABORATION SCIENTIFIQUE

I

II



SCIENCE ET TECHNIQUE

EN DROIT PRIVÉ POSITIF

SECONDE PARTIE

ÉLABORATION SCIENTIFIQUE DU DROIT POSITIF

> « Hoc nos natura docere non potuit; semina nobis scientiæ dedit, scientiam non dedit » (SÉNÈQUE, *Epist. ad. Lucilium* (120), lib. XX, ep. 3, § 4).

SOMMAIRE : **68**. Objet et plan de cette seconde partie.

68. — D'après les idées que j'ai précédemment exposées [1], une première et profonde élaboration du droit positif doit tendre à scruter le *donné* de la vie juridique, c'est-à-dire à interroger les réalités, qui en circonscrivent le domaine et en conditionnent le mouvement, ou, plus généralement même, à soupeser et évaluer toutes les forces, de la rencontre desquelles résultent les problèmes de la conduite sociale, pour dégager les règles à assigner aux hommes dans leurs rapports respectifs et sous la sanction d'un pouvoir extérieur, suivant la notion précise du droit objectif [2].

---

1. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nos **33-34**, p. 96-100.
2. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, no **16**, p. 47-52.

Et, il s'agit, avant tout, de poursuivre cette recherche, en isolant, autant qu'on le peut, son objet des conventions et artifices, que l'ingéniosité de l'homme a introduits dans le milieu naturel, pour atteindre plus sûrement le but proposé à son effort et en vue de perfectionner ou de faciliter, par voie de *construction technique*, le jeu des règles qu'il tient pour imposées de plus haut[1]. C'est pourquoi, nous parlons, ici, d'une élaboration principalement scientifique, sans admettre *a priori* que nous puissions, pour la mener à bien, nous contenter d'une procédure strictement assujettie aux lois de l'investigation des phénomènes, mais en réservant, au contraire, comme possible, la nécessité d'un appel aux puissances obscures de l'intuition ou de la croyance, pour compléter les résultats de l'observation et du strict raisonnement[2].

Le problème ainsi entrevu, il conviendra, d'abord, de le préciser en fixant, aussi exactement que possible, la façon dont il se pose et les moyens de solution qui s'en présentent à l'heure actuelle (chapitre premier [VI]).

Puis, il y aura lieu de déblayer ses abords, en signalant, sans y insister, quelques points de vue manifestement insuffisants à suggérer des directions acceptables (chapitre second [VII]).

Cela fait, — et sans prétendre à une plénitude impossible à atteindre, — je tenterai d'exposer, sous le rapport où ils intéressent notre sujet, les principaux mouvements de la pensée traditionnelle ou contemporaine, qui exercent *actuellement* une influence notable sur les esprits et se montrent susceptibles, par leur rapprochement ou leur convergence,

1. L'élaboration technique du droit est réservée à la troisième partie de ce travail.

2. Voy. notamment : Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*. I, Paris, 1914, p. 98 (n° **34**) ; p. 136-138 (n° **47**) ; p. 182-185 (n° **61**) ; p. 187-188 (n° **62**) ; p. 211 (n° **67**) ; et ci-après, II, Paris, 1915, p. 5 9 (n° **69**).

de nous orienter vers les résultats poursuivis (chapitres troisième à huitième [VIII-XIII]).

Je pourrai, dès lors, essayer de fixer ces résultats, en présentant, sous forme synthétique, les conclusions, que permet d'esquisser une étude, aussi objective que possible, des *données* du droit positif (chapitre neuvième [XIV]).

CHAPITRE PREMIER (VI)

BASES DE L'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE DU DROIT. PRÉCISION DU PROBLÈME

Sommaire : **69**. Difficultés de l'élaboration scientifique du droit. Ses moyens. Rôle nécessaire de l'intuition. — **70**. Le problème du droit naturel. Ses précisions négatives. — **71**. Comment doit être envisagé positivement, à l'heure actuelle, le problème du droit naturel.

69. — Dans quelle mesure et par quels procédés pouvons-nous espérer atteindre le *donné* de la vie juridique, *substratum* essentiel de tout l'édifice du droit positif? Comment de cet ensemble, complexe et mouvant, de faits matériels, de forces physiques, de phénomènes économiques, de situations politiques, de pratiques de toute sorte, de sentiments, de désirs, de volitions, de croyances, d'idées, de jugements, de raisonnements, d'aspirations morales et religieuses. ..., qui composent le milieu brut, où s'agite l'humanité, — et que nous voulons considérer ici, en les détachant, autant qu'il soit possible, des artifices qu'y juxtapose la conscience même des nécessités juridiques [1], — tirer les directions, qui permettront de tracer les règles de conduite, que postulent, dans le for extérieur,

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nos **33-34**, p. 96-100. Cpr. II, Paris, 1915, ci-dessus, p 1-2 (n° **68**), et, ci-après, la troisième partie de ce travail.

les rapports ainsi créés entre les hommes? et que pourront être ces directions?

La réponse à cette question a été amplement préparée par les explications fournies, en la partie qui précède, sur les éléments généraux de solution du problème du droit positif envisagé dans son tout[1]. Il nous suffit, ici, d'en résumer les conclusions les plus suggestives, en les rapportant à l'aspect spécial et limité du même problème, qui se présente à nous à cette place (élaboration *scientifique* du droit positif, afin, le serrant de plus près, d'en obtenir une intelligence plus pleine et un sentiment plus profond.

Or, en combinant les résultats les plus sûrs de la philosophie traditionnelle avec les conclusions les mieux établies de la moderne critique des sciences, nous avons, tant sur le terrain d'une large théorie de la connaissance (épistémologie) que sur celui de la méthodologie pure, reconnu que l'investigation scientifique, assujettie, pour conserver son caractère spécifique, aux cadres rigides d'une procédure principalement intellectuelle, ne pouvait atteindre pleinement son but qu'à la condition de corriger et de compléter les moyens, étriqués et conventionnels, de cette procédure, par une activité, plus décisive et plus féconde, issue des puissances intimes de notre être[2].

De ces forces, complémentaires de l'intellect, on retrouve, sous des formes variées et encore imparfaitement définies, l'intervention nécessaire, en tous ordres de sciences, même purement descriptives ou explicatives[3]. —

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, Première partie, notamment les chapitres quatrième et cinquième, p. 101-212.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 120-121 (n° **42**); p. 123-125 (n° **43**); n^os^ **44-46**, p. 126-135; p. 143-145 (n° **48**); n° **58**, p. 167-172; p. 173-179 (n° **59**); n° **61**, p. 181-185.

3. *Adde* aux passages signalés à la note qui précède : *ibid.*, n^os^ **25-28**, p. 75-87.

Mais elles prennent une importance plus considérable dans les sciences normatives, dont l'objet propre est de nous fournir des règles d'action, surtout si ces règles se rapportent à la conduite de l'homme tout entier, pris dans ce qui forme l'essentiel de sa vie individuelle ou sociale, comme c'est le cas des règles morales, dont celles du droit ne sont guère qu'une variété à arêtes plus vives et à cadre plus ferme [1].

Car, comment dégager semblables règles du *donné* du monde et de la vie, à l'aide des seuls concepts et procédés logiques, qui ne peuvent que saisir, décrire, informer les contours d'une réalité posée devant l'esprit? Toutes les difficultés, toutes les objections, que rencontre l'élaboration des sciences descriptives ou explicatives, se doublent et se compliquent ici d'un obstacle nouveau et, de prime abord, formidable : est-il possible à l'homme, en présence des seuls faits, de *connaître*, de façon convaincante, le *devoir à remplir*, la *règle à suivre?* L'entendement, considéré comme l'ensemble des facultés destinées à analyser et à lier les phénomènes, est-il capable de déterminer et d'entraîner la volonté vers son but? Les idées, les abstractions, les inférences sont-elles admissibles, quand il s'agit, non plus seulement d'éclairer l'esprit sur le réel, mais de tracer la voie à une action, qui semble *a priori* devoir rester essentiellement spontanée, ou, du moins, autonome? Et, comment une méthode, qui ne tend qu'à rattacher les effets aux causes, pourrait-elle servir de guide dans un problème de *fins* [2]? — Séduits par la

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 121-122 (n° **42**); p. 123-125 (n° **43**); n^{os} **47-56**, p. 135-164; p. 177-179 (n° **59**); n^{os} **60-67**, p. 179-211.

2. Voy. pourtant : Brugeilles, *La valeur sociologique de la notion de loi*, dans *Revue philosophique*, 1910-1°, t. LXIX, p. 601-622, qui, après avoir comparé les lois scientifiques, juridiques, morales, tant en elles-mêmes que dans les rapports les unissant aux phénomènes qui leur sont soumis, conclut à l'identité de leur nature.

rigueur apparente de l'objection, certains en sont arrivés à nier la possibilité même de sciences normatives, dans le domaine moral [1]. — Nous ne saurions accepter, *a priori*, pareille négation. Elle ne s'imposerait que si, à la suite d'efforts consciencieux et persévérants, nous étions amenés à constater la faillite radicale, absolue, de tous nos moyens de pénétration des choses, en face de l'énigme du devoir moral ou juridique. Au contraire, semble-t-il, la nécessité même de règles de conduite entre les hommes, pour maintenir l'ordre général du monde, fait entrevoir à la raison l'existence latente d'un principe, si général et si abstrait soit-il, qui leur serve de justification.

Mais, ce que nous pouvons affirmer, en présence de la nature même de la recherche à poursuivre, c'est que les procédés de l'intelligence pure n'auront ici qu'un rôle subordonné et que la prépondérance, dans le diagnostic des normes à dégager, appartiendra à ces puissances complémentaires de l'investigation scientifique, qui, ailleurs, demeurent à l'arrière-plan. Et, — puisque nous réservons, pour l'instant, la technique, qui a son jeu comme son objet propres [2], — il reste que, pour découvrir, dans le donné de la nature et de la vie, les principes de conduite, qui s'imposent à l'homme en société, nous

---

1. Telle est bien, au fond, l'impression qui se dégage de la conférence de H. Poincaré, *La morale et la science* (conférence de « Foi et vie », 17 mars 1910), publiée par *La Revue*, numéro du 1er juin 1910, t. LXXXVI, p. 289-302 et reproduite dans : H. Poincaré, *Dernières pensées*, Paris, 1913, p. 223-247. — Voy. aussi : A.-D. Xénopol (*De la méthode dans les sciences et dans l'histoire*), dans *Revue intern. enseign.*, 1910-1°, t. LIX, p. 314. — Comp. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, p. 10-14. — Voy. aussi : H. U. Kantorowicz, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin u. Leipzig, 1909, p. 7, dont la pensée à cet égard, est plus complexe. S'il rejette la « science normative », du moins admet-il une « science du normatif ».

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **34**, p. 98-100; p. 101-102 (n° **35**); p. 146 (n° **49**); p. 149 (n° **50**); p. 164 (n° **56**); p. 183-185 (n° **61**); p. 188 (n° **62**); p. 192-193 (n° **63**); p. 200-201 (n° **65**); p. 206-208 (n° **66**); et, ci-après, la troisième partie de ce travail.

devrons principalement compter sur cette sorte de sympathie intellectuelle, qu'on a appelée l'intuition, et qui, ressentant les palpitations mêmes de l'organisme social, y saura découvrir le secret des règles capables de le diriger vers son but. Dès lors, nous affirmerons ces règles, sinon en vertu d'une science positive, du moins au témoignage d'une croyance, fournissant à notre action une base ferme, sur laquelle elle puisse bâtir son œuvre propre et spécifique[1].

Qu'ils l'avouent ou non, pareil secours est nécessaire, en fait, à tous ceux qui s'aventurent sur le mystérieux terrain de l'investigation morale. Et les procédés, de l'ordre intellectuel, dont ils usent dans leurs recherches, recèlent toujours, à leur base, des postulats d'origine intuitive. C'est ce qu'il est aisé d'apercevoir à travers les systèmes de morale, se donnant pour les plus objectifs, toutes les fois du moins qu'ils dépassent la simple description des pratiques effectivement suivies, pour en dégager les normes qui s'imposent[2]. — Y a-t-il là une atteinte véritable aux exigences d'une procédure rationnellement scientifique? On ne saurait le penser, à peine de nier l'existence même de la science, du moment que l'intervention de l'élément intuitif est reconnue nécessaire en toute recherche objective, pour l'appuyer à une croyance, sans laquelle elle est arrêtée dès l'abord[3]. Une investigation méthodique, quelle qu'elle soit, ne peut se réaliser que conformément à la nature de l'objet qu'elle se propose de pénétrer. Et il suffit que, mettant chaque chose à sa

1. Voy. notamment Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 182-183, p. 184 (n° **61**).

2. Voy. ci-après les chapitres second à huitième de cette partie (VII-XIII).

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n^os^ **25-28**, p. 75-87; n^os^ **45-48**, p. 130-145; n° **61**, p. 181-185. — Rappelons encore une fois le mot de Claude Bernard: « Il faut croire à la science ». *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, p. 63; cpr. p. 119, p. 302-303.

place, elle maintienne, aux diverses facultés ou puissances de l'homme, le rôle, que leur assigne la portée de leur action efficace, pour qu'elle conserve, dans son ensemble, le caractère scientifique nécessaire à la garantie de sa valeur [1].

Par suite, — que, dans la recherche morale, on vise à user de toutes les ressources de l'intelligence, pour analyser les phénomènes, rattacher les effets aux causes, déduire les conséquences des prémisses, c'est une sage discipline d'esprit, absolument nécessaire à maintenir, si l'on veut assurer la marche vers le but qu'il s'agit d'atteindre. Il faut bien reconnaître pourtant, puisque la nécessité l'impose, que ce but lui-même ne s'appuie que sur un postulat, qu'une intuition, étrangère aux opérations proprement intellectuelles, peut seule révéler et qui met en jeu des puissances échappant à la stricte discipline de la logique des concepts. En dépit des regrets et des faiblesses, que nous laisse cette constatation, il vaut mieux nous y résigner franchement, que nous laisser duper par des illusions, qui compromettraient le résultat cherché, sans soutenir sérieusement nos efforts.

Ces directions, généralement valables pour tout le domaine de l'investigation morale ou sociale, se vérifient particulièrement sur le terrain proprement juridique. Ici, même, la nature des rapports à régir, non moins que les exigences impérieuses de l'objet visé, leur donnent un relief plus puissant et leur assurent une efficacité plus pleine. D'une part, en effet, le besoin absolu d'ordre extérieur dans la société, auquel répond la notion de droit positif, suggère, comme de lui-même, certains postulats, que la conscience morale n'a plus qu'à affirmer et à pré-

---

1. Comp. sur la solution du problème des fins de l'action, d'après Saint Thomas d'Aquin : S. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain et Paris, 1911, p. 303-310. *Adde* : p. 292-303 et p. 310-321.

ciser. Et, d'autre part, la plasticité des règles juridiques rend relativement aisé leur maniement par les procédés intellectuels les mieux assurés. Ici encore, toutefois, il reste essentiel de séparer les modes divers de l'élaboration à poursuivre et de reconnaître l'importance primordiale de l'intuition, pour suggérer les fins désirables, vers lesquelles nous conduira l'intellect [1].

70. — Tel qu'il vient d'être déterminé, dans son contenu et ses moyens d'élaboration, notre problème n'en apparaît que mieux connu et comme familier à tous les jurisconsultes. Car, sous quelque étiquette qu'on le veuille présenter ou déguiser, c'est toujours, au fond, l'éternel *problème du droit naturel* [2], qui, bon gré mal gré, s'offre à nos investigations, quand nous voulons connaître, d'après les seules données du monde et de la vie (représentant la nature prise dans son ensemble), les règles de conduite extérieure, qui s'imposent à l'homme vivant en société. Et, nonobstant le dédain, que, — jusqu'à ces derniers temps du moins [3], — la plupart des juristes modernes, mus par une sorte de « snobisme » inconscient, ont affecté pour le problème ainsi formulé, il faut bien convenir qu'il n'a jamais cessé de préoccuper l'humanité, depuis qu'elle réfléchit à ses destinées.

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n^os **62-63**, p. 186-194.

2. C'est le titre même du récent ouvrage d'Erich Jung (*Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, 1912), qui, faisant suite à des travaux précédents du même auteur (*Von der « logischen Geschlossenheit » des Rechts*, Berlin, 1900. — *Positives Recht*. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung, Giessen, 1907), nous présente, en réalité, une étude très fine, et parfois profonde, des éléments, d'ordre sociologique, qu'on trouve à la base de toute interprétation de droit positif.

3. Voy. R. Saleilles, *École historique et droit naturel*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, t. I, p. 80-112. — J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910. — *Adde*, sur ce dernier ouvrage : A. Tissier, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1910, nouvelle série, t. XXXIX, p. 184-189.

On sait que, sur ce problème, des vues multiples variées, et souvent confuses, ont été produites, qui se sont condensées en une infinité de « systèmes », éclos surtout depuis la fin du XVIe siècle. Il ne saurait être question, ici, au vu de l'objet nettement limité et du but très précis du présent travail, d'exposer et d'apprécier toutes ces opinions, dont bon nombre peuvent être tenues pour définitivement périmées. Il nous faut, plutôt, laissant délibérément à l'écart tout ce qui constitue le résidu caduc et vain d'un effort aujourd'hui largement dépassé, nous en tenir à la partie, seule restée vivante, du problème, en la dégageant à l'aide des critères, qui ont résisté au temps ou à la critique, et l'encadrant dans les mouvements d'idées, qui, par leur adaptation au progrès de la pensée philosophique, semblent le plus capables d'entraîner actuellement les esprits.

Or, tout d'abord, certaines précisions négatives ont été peu à peu fixées, qui, limitant les prétentions primitives de la doctrine du droit naturel, écartent définitivement, ce semble, des investigations téméraires et déterminent le champ de recherche seul accessible à nos moyens.

Ainsi, depuis le triomphe de l'École historique, qui remonte aux années 1820 et suivantes, et qui ne s'est jamais proprement démenti, — en dépit des réserves justement faites sur les thèses, quelque peu mystiques et nébuleuses, dont étaient marquées les origines du mouvement, et sur certaines déformations ultérieures de son esprit le plus profond, — la position même du problème du droit naturel s'est trouvée notablement modifiée, sinon pour les philosophes, longtemps attardés dans les recherches spéculatives[1], du moins pour les jurisconsultes mis plus directement en contact avec les réalités de l'existence

1. Voy. notamment les indications fournies par S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain et Paris, 1911. p. 218-271.

sociale. On ne prétend plus construire, en raison, un système idéal de droit, éternel et immuable, qui puisse également convenir à tous les temps et à tous les pays. La vérité juridique ne saurait être une et identique à elle-même, que si les conditions sociales se rencontrent également identiques. Conscients des nécessités contingentes de la vie du monde et pressentant les forces obscures, qui individualisent chaque fraction de l'humanité, les jurisconsultes, formés par la méthode historique, ont reconnu que l'idéal juridique prenait un aspect différent et se nuançait de mille teintes à travers les époques ou les contrées diverses. Ils ont dû tenir compte de ce fait que le droit (comme, d'ailleurs, la morale) n'est pas à créer de toutes pièces, mais qu'il existe, pour en conclure que les conditions variables de son existence répondaient à une diversité de principes inhérente à la nature des choses et qu'en dehors de ces contingences, révélées par l'étude minutieuse des situations concrètes, et, d'ailleurs, déterminables en elles-mêmes, il suffisait à l'investigation philosophique de découvrir, sous la variété des conditions particulières de la vie sociale, quelques traits généraux caractérisant l'organisation juridique de l'humanité [1].

Pour relever ces traits généraux, — susceptibles d'être fécondés par le raisonnement et l'observation, — les philosophes du droit ont, pendant longtemps, adopté, dans leurs recherches, une position dogmatique nettement caractérisée. Il s'agissait, pour eux, avant tout, de dégager un principe directeur, presque toujours condensé en une formule saisissante, d'où se pussent déduire, de façon logiquement acceptable, les règles les plus essentielles à la direction sociale des hommes, dans leurs rapports res-

---

1. Voy. notamment : Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 10. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § 1, note 1 et § 2, note 2, t. I⁵, Paris, 1897, p. 2-4. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, Paris, 1902, nos 4-8. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Paris, 1912, p. 8-10.

pectifs. Naturellement, on différait, — et parfois du tout au tout, — dans la reconnaissance du principe à proclamer. Aussi bien, est-ce de ces divergences que prétendaient provenir la plupart des diversités et des oppositions entre les systèmes du droit naturel. Mais, l'effort de la recherche tendait toujours principalement à ramener les données de l'organisation juridique naturelle à un précepte général, qui pût inspirer toute la direction de la conduite sociale. Et c'est ainsi, — pour ne prendre en exemples que les systèmes qui aient conservé quelque crédit auprès des jurisconsultes modernes, inclinés vers l'un ou l'autre suivant leurs tendances philosophiques ou sociales, — que, tandis que certains ont prétendu trouver le principe du droit dans les besoins de l'homme social ou dans l'intérêt, plus ou moins largement entendu [1], d'autres ont mis à la base de l'édifice juridique le respect de la personne humaine [2], ou sa liberté [3], ou son inviolabilité [4], d'autres encore l'ont fondé sur le devoir, dont le droit serait la garantie nécessaire [5], quelques-uns, — et des plus modernes, — ont pensé pouvoir attribuer le même rôle à la solidarité sociale [6]. Et, le principe une fois établi, il suffisait d'en développer les conséquences, pour constituer en des lignes fermes les détails de l'organisation naturelle du droit. — A l'usage, toutefois, pareille méthode s'est montrée fort décevante. En effet, quand on en suit la mise en

---

1. Voy. notamment : R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, 3 Auflage, Leipzig, 1893-1898.

2. Voy., par exemple, A. FRANCK, *Philosophie du droit civil*, Paris, 1886, notamment p. 7.

3. Voy. Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, Paris, 1891, notamment p. 63-150, p. 261-288.

4. Voy. A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 71-85.

5. Voy., par exemple, E. BEAUSSIRE. *Les principes du droit*, Paris, 1888, p. 46-49.

6. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, *passim*, principalement p. 16-105.

œuvre, on est immédiatement frappé de l'écart extrême qui sépare les applications du principe, d'où elles paraissent tirées. Et, si l'on compare entre eux les divers systèmes, on aperçoit, qu'en dépit de la divergence de leurs principes, les applications en demeurent sensiblement les mêmes. C'est qu'aussi bien, un seul principe, général et abstrait, ne saurait contenir la riche variété des règles nécessaires à une direction adéquate de la vie sociale, fît-on même abstraction des particularités de temps ou de lieux. Et, des applications, aussi lointaines, que celles qu'on est amené à en faire, si elles ne se suffisent pas à elles-mêmes, dépendent de préceptes multiples, moins ambitieux, et plus rapprochés des faits. Finalement, le prétendu principe ne justifie, tout au plus, que l'existence même du droit objectif, dont le contenu, seul doué d'une vraie fécondité, suppose une vue plus précise des choses, se traduisant dans les institutions mêmes de la vie sociale.

Faut-il penser, d'ailleurs, que les plus menues des règles juridiques puissent, toutes, être ramenées à des principes, issus des seules données de la nature physique, morale ou sociale, et méritant, à ce titre, d'être qualifiés principes de droit naturel? C'est encore là une illusion, que l'examen approfondi des réalités semble aussi définitivement dissiper. Les jurisconsultes, les mieux placés pour rapporter les faits à leurs règles, tendent de plus en plus à *minimiser* les préceptes de droit naturel, qu'ils ramènent souvent à quelques « truismes » de notre organisation civile ou politique, et à en séparer soigneusement tout ce qui en fait l'adaptation à la vie, supposant une intervention active de l'homme sur les choses et excluant l'idée d'une simple constatation du donné [1].

---

1. Comp. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 2, texte et note 2, t. I [5], Paris, 1897, p. 3-4. — DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, Paris, nos 8-12. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I [2], Paris, 1902, nos 4-8. — Ch. BEUDANT, *Le droit indi-*

71. — Mais toutes ces limitations — à peu près universellement admises, — aux ambitions primitives du droit naturel, qui nous montrent bien ce que celui-ci ne peut plus être aujourd'hui, n'arrivent-elles pas à dépouiller cette discipline de toute valeur sérieuse et presque à lui enlever sa raison d'être actuelle? On est parfois tenté de le croire, en lisant les auteurs modernes, dont beaucoup, après avoir constaté l'impossibilité de satisfaire les exigences d'un système rationnel capable de guider efficacement et pleinement la vie sociale, en concluent volontiers la faillite irrémédiable de toutes les recherches dirigées en ce sens. Toutefois, sous les négations, qui colorent ce point de vue, et qui ne font qu'exagérer les difficultés signalées plus haut (n° **70**), se laissent entrevoir quelques traits positifs, — plus nettement dessinés encore par les développements des doctrines sociales les plus récentes, — qui permettent d'affirmer le solide maintien d'un terrain d'investigation, répondant à la notion essentielle du droit naturel, et dont il s'agit seulement de préciser quelque peu les contours.

Si l'on ne prétend plus découvrir des principes, qui puissent diriger effectivement la conduite des hommes dans les situations concrètes, où les placent les hasards de l'existence, du moins cherche-t-on, plus avidement que jamais, à discerner une orientation générale de la vie sociale, à connaître dans quel sens on peut trouver les règles nécessaires. En somme, il s'agit moins d'édifier une véritable *philosophie du droit*, envisagé dans son contenu, que de se faire une *philosophie de la science juridique*, dont l'essence dépend d'une théorie plus générale de la connaissance [1]. Plus exactement même, à vrai dire, les deux

---

viduel et l'État, Paris, 1891, n°s 23-24, p. 36-39; cpr. n° 92, p. 147-148. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n°s 5-7, 6e éd., Paris, 1911, p. 2-3.

1. Ce point a été particulièrement mis en relief par L. von SAVIGNY, *Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung*, dans *Jahrbuch*

choses ne se peuvent absolument séparer. Mais, ce qu'il importe de dégager avant tout, c'est l'inspiration, suivant laquelle on devra diriger la recherche : principe de forme plutôt que de fond et seul susceptible d'un diagnostic précis et sûr. De fait, nous constaterons que la plupart des doctrines, actuellement vivantes, de philosophie juridique, impliquent, à certains égards du moins, une conception générale du monde, à laquelle elles rattachent l'investigation du droit. L'orientation à trouver se conçoit sous des aspects divers : c'est elle, et elle seule en principe. que l'on s'attache à découvrir.

Toutefois, la recherche, ainsi poursuivie, implique, elle-même, à sa base, un postulat commun, qui maintient l'unité entre les doctrines, savoir que l'évolution du droit a un sens général, et, qu'en son fonds substantiel, elle reste placée au-dessus des contingences, de temps et d'espace, où se réalisent ses applications. En effet, comme on l'a dit, d'un point de vue plus général : « Les sciences sociales, qui se sont constituées au cours du XIX[e] siècle, admettent, sans toujours l'avouer ouvertement, l'existence, dans la nature morale et sociale, de relations définies, d'un ordre immanent, d'une finalité intrinsèque. Elles se soutiennent par l'espoir de trouver le secret de ces relations, la formule de cet ordre, la loi de cette finalité. Elles ont, pour jalouses qu'elles se disent parfois de leur autonomie, l'ambition généreuse de mettre leurs découvertes au service de la philosophie de l'action »[1]. Ces observations s'adaptent avec pleine justesse au droit, la plus ferme et la plus précise entre les sciences sociales. Même ceux, qui, renonçant à toute aspiration étrangère aux réalités saisissables, ne veulent demander qu'à celles-ci les lois naturelles des

---

für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich, 1901, t. XXV², p. 25-55 [407-437], notamment p. 43 53 [425-435].

1. S. Deploige. *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Paris et Louvain, 1911, p. 391. — Voy., à titre d'exemple : A. Menger, *Neue Sittenlehre*, Iéna, 1905.

rapports juridiques, confessent, par cette prétention même, leur foi à une « idée directrice », seule capable de guider ici les recherches. Et l'*existence* de pareille idée reste le minimum de ce que doit fournir la notion de droit naturel [1].

Préciser le contenu de cette « idée directrice » sera donc l'objet propre et la tâche ardue des divers systèmes visant à l'élaboration scientifique du droit. Et, si l'origine de la recherche apparaît, de ce fait, nécessairement subjective, son effort tendra à proposer des concepts, qui, ayant leurs racines profondes dans la réalité, se fassent accepter, aussi aisément et aussi pleinement que possible, de tous les esprits. Ainsi *l'identité de représentation chez les êtres pensants*, seule garantie de la valeur objective des idées [2], et basée sur leur étroit contact avec la vie, maintiendra le caractère spécifique du droit naturel, le séparant du droit idéal, qui n'en peut être que la préparation lointaine [3]. En même temps, comme la raison, prise dans toute la plénitude des facultés qui la composent, peut, seule, engendrer cette convergence des esprits vers un même objectif, nous pouvons mettre *a priori* en dehors du champ scientifique, et exclure de la sphère du droit naturel, tous les systèmes basés sur une prétendue « jurisprudence de sentiment » (*Gefühlsjurisprudenz*) [4], que sa source même con-

1. Comp. Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'État*, Paris, 1891, p 38 (n° 23); *adde* n°s 23-24, p. 36-39 et n° 92, p. 147-148. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Paris, 1912, p. 11.

2. Comp. H. Poincaré, *La valeur de la science*, Paris, 1905, p. 9, 262, 267, 271.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 52-54 (n° **17**), et surtout, p. 53, note 2. — *Adde :* Giorgio Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906. — *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Milano, 1908. — *Sulla positività come carattere del diritto*, Modena, 1911.

4. Voy., par exemple : S. Schlossmann, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, §§ 22-25, p. 169-192 et surtout §§ 26-27, p. 193-206. *Adde :* § 31, p. 235-243 et § 35, p. 280-284. — R. Lœning, *Ueber Wurzel und Wesen des Rechts*, Iena, 1907, notamment p. 20-35, et surtout p. 28. – Je réserve,

damne à une indétermination et à un flottement, incompatibles avec les nécessités impérieuses de l'ordre juridique[1].

Pour le surplus, il est clair que l' « idée directrice », destinée à orienter la recherche, peut être empruntée à des domaines fort différents Et, c'est par là que se sépareront les divers systèmes modernes d'élaboration scientifique du droit. — On peut, cependant, sous la variété extrême de leurs directions, relever encore, ce semble, un trait commun. Si le droit naturel est appelé à circonscrire et à régler l'activité de l'homme, il ne doit pas oublier que celui-ci se présente à lui, moins comme individu, que comme membre d'une société, qui le met en rapport et en contact incessants avec ses semblables; bref, ce n'est pas l'homme isolé, le « Robinson », qu'il faut envisager sous l'angle juridique, mais l'homme social, le seul dont il y ait lieu de fixer les droits et les devoirs. — Et, sans doute, cette constatation n'entraîne pas, de soi, une supériorité nécessaire du droit social sur le droit individuel. Il est des philosophes du droit, qui persistent à penser que le siège profond de toute faculté juridique réside dans l'individu humain, dont la destinée l'emporte sur celle de toute entité collective. On pourra même aller jusqu'à sacrifier de parti pris les droits de la société, en érigeant en maîtres les instincts individuels[2]. Mais, du moins, tous les penseurs, qui ont cherché, de nos jours, à scruter les fondements du droit, acceptent-

---

d'ailleurs, le point de savoir si le « sentiment », mis en avant par ces auteurs, ne serait pas une forme, mal qualifiée, de l' « intuition », dont nous avons parlé plus haut. Voy. notamment ci-dessus p. 7-10 et les références (n° **69**).

1. Comp. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, § 6, p. 101-111. — Voy. aussi : Th. Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (refonte de *Allgemeine Rechtslehre*), t. I seul paru : *Methoden- und Quellenlehre*, Leipzig, 1912, § 9, p. 112-116.

2. Tel est le résultat essentiel de l'individualisme anarchique, dont il sera parlé plus loin, n° **73**, p. 22-24.

ils comme donnée initiale essentielle de leur effort le *fait de la société*, unissant les hommes d'un lien nécessaire et qu'il n'est pas possible d'ignorer ou de méconnaître dans la direction à tracer aux rapports juridiques [1].

Il ressort, enfin, de tout ce qui précède, qu'en dépit de son caractère nettement spécifique, le problème du droit naturel se trouve encadré dans l'ensemble des sciences, qui intéressent la vie de l'homme en société et suggèrent les règles de sa conduite dans ses rapports avec ses semblables. Or, quand on envisage les plus notables et les plus générales de ces sciences, celles du moins qui influent le plus directement sur les règles juridiques, on arrive à constater que le droit reste déterminé par la morale et l'économie politique [2]. On tend, aujourd'hui, à faire dominer, presque exclusivement, cette dernière [3]. Et l'on dit assez volontiers, en Allemagne par exemple, que l'économie (*die Wirtschaft*) forme le contenu propre de la vie sociale, dont le droit (*das Recht*) ne serait que la forme [4]. Cette formule n'est pas sans quelque

---

1. Comp. M. Hauriou, *Philosophie du droit et science sociale*, dans *Revue du droit public*, 1899-2°, t. XII, p. 462-476. - S. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain et Paris, 1911, p. 388. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Paris, 1912, p. 12-16.

2. Comp. C. Accarias, *Précis de droit romain*, Introduction générale, t. I, 4e éd., Paris, 1886, p. xii-xv.

3. Voy., par exemple : Ed. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 36, p. 875-886. — *Adde : Le droit civil et la législation ouvrière*. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit (inachevé), dans *Revue générale du droit*, 1904, t. XXVIII, p. 152-166, p. 241-249, p. 451-463; et surtout : Benedetto Croce, *Le droit comme économie pure*, dans *Le mouvement socialiste*, mai 1909, p. 334-352.

4. Voy. notamment : R. Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2e éd., Leipzig, 1906, § 22, p. 112-121, et §§ 25-40, p. 131-233. — L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 131. — Comp. L. von Savigny, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 1901, t. XXV, p. 429-434.

vérité, pourvu qu'on y entende sainement la notion d'économie. Il serait fallacieux de réduire celle-ci aux richesses et à ce qui concerne leur production, leur circulation, leur répartition, leur consommation; on retomberait fatalement dans l'erreur du matérialisme historique[1]. En réalité, l'économie doit être comprise plus largement, comme désignant, en quelque façon, la substance de la vie sociale, sous tous ses aspects, idéal et matériel. J'ajoute que, du moment qu'il s'agit d'une direction à obtenir, le côté idéal doit l'emporter sur le côté matériel. Or, l'idéal ne peut trouver ses aspirations que dans la morale. Aussi a-t-on pu dire que « tout système économique s'organise, socialement parlant, autour d'une idée de justice »[2]. De telle sorte, qu'en définitive, le juste contient dans ses flancs l'utile[3]. Finalement donc, et en dépit de l'élément économique qui l'alimente et le féconde, le droit demeure essentiellement en dépendance de la morale (morale à contenu juridiquement caractérisé).

Munis des critères, qui viennent d'être esquissés, et qui fixent comme l'horizon nécessaire de toute élaboration scientifique du droit à l'époque moderne, nous pourrons maintenant examiner avec profit les plus notables courants de pensée, se présentant à nous dans les lignes ainsi tracées. Nous commencerons par les moins fortement assis ou les moins féconds, pour remonter, de degré en degré, à ceux qui semblent nous rapprocher le mieux des résultats désirables, que j'essaierai de dégager, à mon tour, dans une synthèse finale.

---

1. Cons. Ch. Turgeon, *La conception matérialiste de l'histoire d'après Marx et Engels*, dans *Revue d'économie politique*, 1911, t. XXV, p. 273-314.

2. R. Saleilles, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 96; cp. p. 96-97.

3. *Adde* : ci-après : n° 165 (Seconde partie, chapitre neuvième, [XIV], I).

CHAPITRE SECOND (VII)

POINTS DE VUE A ÉLIMINER

SOMMAIRE : **72**. Indication de systèmes qui peuvent être sommairement écartés. — **73**. A. Système de l'individualisme anarchique. — **74**. B. Système du socialisme juridique. — **75**. C. Système du positivisme juridique sur la base du droit effectivement existant. — **76**. D. Système du but juridique (*Zweck im Recht*). — **77**. Transformation du système précédent par le procédé des fins intermédiaires. — **78**. L'idée de la formation du droit par la conscience collective. — **79**. Transition aux systèmes comportant un examen critique sérieux.

72. — Avant de procéder à l'examen critique des principaux systèmes, qui tendent à réaliser l'élaboration scientifique du droit dans les termes précédemment fixés (ci-dessus, nos **70-71**), et qui, par leur emprise sur les esprits contemporains, méritent de retenir particulièrement l'attention (voy. ci-après chapitres troisième à huitième [VIII-XIII]), je voudrais, — pour simplifier le problème, sans en méconnaître certains aspects importants, — signaler, d'abord, quelques points de vue, dont plusieurs sont fort séduisants, dont l'un, au moins, jouit même d'une faveur extrême auprès de jurisconsultes fort accrédités à l'heure présente, et qui, pourtant, me semblent tous devoir être écartés *a priori*, ou pouvoir être sommairement « exécutés », comme n'offrant pas les éléments essentiels d'un effort scientifique désintéressé et méritant d'être pris en sérieuse considération, soit qu'ils paraissent

l'expression d'un parti arrêté d'avance plutôt que le résultat d'une recherche vraiment « objective », soit qu'ils reposent sur une réduction, tout arbitraire et, comme telle, vouée à l'insuffisance, des exigences, pleines et indivisibles, de l'ordre juridique, dont il s'agit d'établir les bases.

Sans prétendre en faire ici une revue exhaustive, et en réservant les observations antérieurement faites contre les systèmes qui ne prennent appui que dans le sentiment juridique [1], je crois pouvoir indiquer, parmi les opinions, bénéficiant encore aujourd'hui d'une vogue plus ou moins large, quatre constructions, d'allures assez décidées, où, pourtant, il est manifestement impossible de trouver les bases d'une sérieuse élaboration scientifique du droit. Je les désignerai comme il suit, en m'efforçant de leur donner la plus forte apparence de cohérence objective :

A. Système de l'individualisme anarchique.

B. Système du socialisme juridique.

C. Système du positivisme juridique (exclusivement fondé sur le droit existant).

D. Système du but juridique (restreint à ce seul élément).

Quelques mots suffiront pour, en présentant l'idée essentielle de chacun de ces systèmes, faire ressortir le vice fondamental, dont il est irrémédiablement entaché, et qui permet de le condamner à la suite d'un très sommaire examen.

73. — **A**. — A peine est-il besoin de justifier, du point de vue strictement réaliste qui reste toujours ici le nôtre, la mise à l'écart d'une critique sérieuse de toutes les théories proprement *anarchistes*, qui, considérant seulement les appétits des individus, sacrifient, en réalité, toute notion

---

1. Voy. ci-dessus, p. 17, texte et note 4, p. 18, texte et note 1 (n° **71**).

de devoir ou de droit, pour ne reconnaître finalement que le règne de la force[1].

Quelles que soient les variétés de leur développement logique, — et à moins que, par une réaction violente contre le nihilisme de leur point de départ, elles ne dérivent vers le communisme autoritaire (ce qui nous ramènerait au socialisme juridique, sur lequel voy. ci-après n° **74**), — ces doctrines, dont le type aigu se représente nettement dans l'œuvre étrange mais forte de Max Stirner[2], consistent essentiellement à supprimer, comme régulateur des activités humaines, le pouvoir social (État-contrainte) pour le remplacer par la convention libre (association), abandonnée aux fluctuations des fantaisies individuelles. Ainsi, elles encourent le reproche, absolument décisif à nos yeux, d'ignorer les données les plus fondamentales de l'ordre juridique, non seulement parce qu'elles outragent, de parti pris, le fonds traditionnel des institutions existantes, et solidement enracinées dans leur long passé, mais, plutôt encore, parce qu'elles méconnaissent les aspirations les plus profondes de l'humanité, qui imposent la maîtrise des instincts et des passions en vue du bien commun. Aussi, aboutissent-elles nécessairement, soit à la poussée tout aristocratique d'un égoïsme échevelé[3], soit à des conclusions idylliques, que peut, seul, admettre un illusionnisme béat appuyé au plus téméraire optimisme[4].

---

1 Voy. notamment : V. Basch, *L'individualisme anarchiste*, Max Stirner, Paris, 1904. — A. Schatz, *L'individualisme économique et social*, Paris, A. Colin, 1907, 2e partie, chap. ix, §§ iii-iv, p. 491-516.

2. Max Stirner (J. Caspar Schmidt), *Der Einzige und sein Eigenthum*, Leipzig, 1845, trad. franç. de R.-L. Reclaire, *L'Unique et sa propriété*, 2e éd., Paris, 1910.

3. Chez Stirner et chez Nietzsche, par exemple. — Voy. ici : A. Levy, *Stirner et Nietzsche*, thèse de doct. lettres, Paris, 1903-1904.

4. Voy. notamment : E. Reclus, *L'évolution, la révolution et l'idéal anarchique*, 6e éd., Paris, 1906. — M. Bakounine, *Œuvres*, éd. française,

Au surplus, aucun système de droit n'est encore sorti, ni des audaces outrancières des champions aventurés de l'individualisme anarchique, ni des vues millénaires de ses prophètes. Et le moyen n'apparaît pas d'accrocher quelques règles de conduite un peu précises aux descriptions passionnées et entraînantes de théories aussi débridées[1].

74. — B. — On ne saurait, assurément, formuler ce dernier reproche à l'adresse du *Socialisme juridique*, dont on a pu tirer un système entier de droit positif, non seulement apte à régir les rapports patrimoniaux et à renouveler toutes les institutions juridiques se rattachant à la répartition des biens, mais capable d'embrasser les rapports personnels et de famille et prétendant formuler des directions très précises sur tout ce qui offre matière à règlement de droit[2].

---

t. I (*Fédéralisme, Socialisme et Antithéologisme. — Lettres sur le patriotisme. — Dieu et l'État*), Paris, 1895, t. II, 1907, t. III, 1908, t. IV-VI. 1909-1912. — P. Kropotkine, *Paroles d'un révolté* (avec préface d E. Reclus), Paris, 1885. — *L'anarchie, sa philosophie, son idéal*, Paris, 1896. — *La conquête du pain* (avec préface d'E. Reclus), Paris, 1892. — *L'entr'aide*, Paris, 1906. — J. Grave, *L'anarchie, son but, ses moyens*, Paris, 1899. — *L'individu et la société*, Paris, 1897. — *La société future*, Paris, 1895. — *La société mourante et l'anarchie*, Paris, 1893. — *Réformes, Révolution*, Paris, 1909. — Rien n'est décevant comme la lecture de ces ouvrages, pour qui prétend trouver, sous les mots, des idées et, derrière celles-ci, des réalités.

1. Comp. A. Menger, *L'État socialiste*, trad. E. Milhaud, 1904, liv. I, chap. II, p. 8-21. — L. Le Fur (*La souveraineté et le droit*) dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1908, t. XXV, p. 396-411. — A. Fouillée (*La morale libertaire et la morale de la vie*), dans *Revue des deux mondes*, numéro du 15 février 1911, sixième période, t. I, p. 770-778; cp. p. 778-786. — Voy. aussi : J. Bourdeau, *Banditisme et anarchisme*, feuilleton du *Journal des débats* du 28 mai 1912. — Et, sur les « Edelanarchisten », cons. Th. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, 1904, Erster Teil, Die Methode, p. 19-20; ouvrage refondu sous le titre : *Einführung in die Rechtswissenschaft*, t. I seul paru, Leipzig, 1912 (Methoden und Quellenlehre), p. 18-19.

2. Voy. surtout : A. Menger, *Neue Staatslehre*, 2e éd., Iena, 1904, traduit

Ce côté juridique de l'organisation socialiste s'est, plus particulièrement, développé à une époque relativement récente et dans un certain parallélisme avec l'évolution réformiste, légale et antirévolutionnaire, du socialisme, sur le terrain de l'action et de la tactique politiques[1]. Greffée, d'ailleurs, comme une sorte de floraison adventice, sur un tronc essentiellement économique, l'élaboration juridique du socialisme n'apparaît pas encore douée d'une forte homogénéité. Elle donne lieu à des divergences notables chez ceux qui la poursuivent; et sa direction définitive peut difficilement être tenue pour assurée[2].

---

par E. MILHAUD, sous le titre : *L'État socialiste*, avec préface de Ch. ANDLER, 1904. — Et comp. A. MENGER, *Neue Sittenlehre* (3-4 Tausend, Iena, 1905), qui, partant du principe que la morale existante dépend des rapports de force établis dans la Société, recherche quelle morale est à constituer en vue du socialisme. Il paraît pourtant admettre un *idéal moral* à atteindre : notamment p. 70-71 (liv. III, chap. VI). — Voy. encore : Lucien DESLINIÈRES, *Projet de Code socialiste*, 2 vol., Paris, 1908. œuvre prétentieuse, naïve, utopique, et, en somme, peu sérieuse, qui, d'ailleurs, n'embrasse qu'une faible partie des matières du droit privé. — Et, pour des applications particulières : F. LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis*, éd. française, Paris, 1904. — J. JAURÈS, *Études socialistes*, Paris, 1902, *passim*, notamment : *De la propriété individuelle*, p. 151-271. — E. LÉVY, *L'affirmation du droit collectif* (conférence à Lyon), avec préface de Ch. ANDLER, Paris, 1903. — *Capital et travail*, Paris, 1909, reproduit et complété sous le titre : *Le droit repose sur des croyances*, dans *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1909, t. X, p. 174-179, p. 256-264, p. 289-297. — *Adde* divers travaux de Maxime LEROY, entre autres : *Le Code civil et le droit nouveau*, Paris, 1904.

1. Cons. notamment : J. HITIER, *La dernière évolution doctrinale du socialisme. Le socialisme juridique*, dans *Revue d'économie politique*, 1906, t. XX, p. 209-228; et voy., sur ce travail, les judicieuses observations de M. PORTE (*Le socialisme juridique d'après une étude récente*), dans *Revue générale du droit*, 1907, t. XXXI, p. 541-550.

2. Voy. entre autres : G. SOREL, *Les aspects juridiques du socialisme*, dans *La revue socialiste*, 1900-2°, t. XXXII, p. 385-415 et p. 558-585. — A. MATER, *L'État socialiste et la théorie juridique de la gestion*, dans *La revue socialiste*, 1903-2°, t. XXXVIII, p. 58-83 et p. 213-225. — *Sources et origines juridiques du socialisme*, dans *La revue socialiste*, 1903-2°, t. XXXVIII, p. 316-345. — *Le socialisme*

Toutefois, un signe distinctif la caractérise, qui se retrouve, sous des formes variées, en tous les efforts tendant à la faire aboutir. C'est que, loin de poursuivre une recherche désintéressée de la justice, elle vise essentiellement à mettre le droit au service du système social, qu'on prétend instaurer sur la base du collectivisme. Quels que soient les procédés, dont ils usent pour mettre en œuvre leurs conceptions, tous les partisans du socialisme juridique acceptent comme établi *a priori* l'idéal socialiste et ne font porter leurs investigations que sur les moyens de le réaliser au mieux [1]. — Cette préoccupation fondamentale, qu'on entrevoit constamment au travers de toutes les involutions données à leur pensée par ceux qui ont suivi ces directions, s'offre parfois sincèrement avouée et comme naïvement étalée. C'est ainsi, qu'au début d'une étude doctrinale, destinée à en faire valoir les mérites, le système est défini en ces termes : « ... Par socialisme juridique, je n'entends justement que cette recherche méthodique, dans notre appareil juridique, des moyens propres, non pas à rendre tolérable le régime capitaliste, mais à justifier et réaliser un programme socialiste, c'est-à-dire, selon la formule du socialisme français, la transformation de la société capitaliste en

---

juridique, dans *La revue socialiste*, 1904-2°, t. XL, p. 1-27. — *Interprétation juridique du socialisme municipal*, dans *La revue socialiste*, 1905-2°, t. XLII, p. 368-370. — Edmond PICARD, *Le droit nouveau*, dans *Pandectes belges*, t. LXXXIX, 1907, p. IX-XLIV (ici avec un mélange d'anarchisme utopique). — G. SOREL, *Le prétendu « socialisme juridique »*, dans *Le mouvement socialiste*, numéro d'avril 1907, t. VIII de la troisième série, t. XXI de la collection, p. 321-348. — A. MATER, *Les formes et interprétations juridiques du communisme municipal*, dans *Revue d'économie politique*, 1908, t. XXII, p. 328-348. — Maxime LEROY. *La loi*. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie, Paris, 1908, p. 257-262. — M. SARRAZ-BOURNET, *Une évolution nouvelle du socialisme doctrinal. Le socialisme juridique*, thèse de doctorat, Droit, Grenoble, 1910-*1911*.

1. Comp. A. SCHATZ, *L'individualisme économique et social*, Paris, A. Colin, 1907, p. 314-316.

une société collectiviste ou communiste, par l'action internationale des travailleurs, l'organisation politique et économique du prolétariat en parti de classe, et la socialisation des moyens de production et d'échange »[1]. Et, plus loin, le même auteur ajoute ces précisions significatives : « Le socialisme juridique n'est pas *conservateur*, parce qu'il n'a pas pour but de remédier aux conditions d'existence qui révolutionnent la société actuelle; mais, au contraire, de supposer le problème résolu pour le résoudre, comme en géométrie ; de supposer indiscutable et indiscutée la thèse collectiviste ; de se mettre à l'appliquer comme une loi véritable... »[2]. Plus loin, encore : « Il [le socialisme juridique] ne doit pas tendre à réaliser un idéal puisé dans le droit bourgeois, mais à exploiter le droit bourgeois au profit d'un idéal puisé dans la connaissance de l'évolution économique »[3].

Je sais bien que ce caractère, tendancieux et de parti pris[4], a été énergiquement nié de plusieurs de ceux qui se réclament du socialisme juridique. — L'un d'eux même, M. Ch. Brouilhet, après avoir déclaré qu'il le tenait pour « essentiellement neutre » et n'ayant « en réalité aucun rapport de tendances avec le socialisme marxiste », nous le présentait récemment sous l'aspect inoffensif d'une simple méthode de travail : « ... c'est », nous dit-il, « un effort scientifiquement très intéressant pour interpréter les formules juridiques par les situations économiques, auxquelles elles correspondent et réciproquement les situations économiques par les formules

1. A. Mater (*Le socialisme juridique*), dans *La revue socialiste*, 1904-2°, t. XL, p. 1.

2. A. Mater, dans *La revue socialiste*, 1904-2°, t. XL, p. 10.

3. A. Mater, *ibid.*, p. 13.

4. Voyez-en une application précise dans : J. Neybour, *Le collectivisme du Code*. Essai de collectivisme juridique, dans *La revue socialiste*, 1906-1°, t. XLIII, p. 168-178.

juridiques qui les résument »[1]. Devant des prétentions si modestes, si conformes même aux démarches depuis longtemps devenues courantes, tant chez les jurisconsultes que chez les économistes, on a pu se demander, avec quelque anxiété, ce que signifiait la conservation du vocable sonore et menaçant de « socialisme juridique »[2]. Et peut-être ne se sentira-t-on qu'à moitié rassuré, en parcourant les applications proposées de la nouvelle « méthode », surtout si, pour mieux éclairer la pensée du même auteur à cet égard, on se reporte à l'un de ses travaux antérieurs, où il rattachait sans hésiter le socialisme juridique à l'ensemble des efforts menés en divers sens en faveur du collectivisme[3]. — La disculpation s'offre un peu mieux motivée chez celui que M. Ch. BROUILHET indique nettement comme son chef d'école[4], M. Emmanuel LÉVY[5]. Pour celui-ci, si je l'ai bien compris, le socialisme juridique, loin de constituer un système préconçu, se dégagerait des faits eux-mêmes, interprétés sans le secours d'aucune prénotion, d'aucun principe. Par là, M. E. LÉVY se rattache à l'École sociologique de DURKHEIM, où nous aurons, en effet, le plaisir de le

---

1. Ch. BROUILHET, *Précis d'économie politique*, Paris, 1912, préface, p. V, p. VI. — Voy., pour la critique de ce point de vue : Ch. BODIN, *A propos d'un nouveau « Précis d'économie politique ». Méthode économique et socialisme juridique*, Rennes, 1912 (Imprimerie Oberthür).

2. Voy. notamment : H. TRUCHY, dans *Revue politique et parlementaire*, numéro du 10 mars 1913, t. LXXV, p. 543.

3. Ch. BROUILHET, *Le conflit des doctrines dans l'économie politique contemporaine*, Paris, 1910, p. 236-241. Voy. notamment : p. 241, note 1 (reproduit de : *Les trois états d'esprit du socialiste*, dans *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1909, t. X, p. 314-317).

4. Ch. BROUILHET, *Précis d'économie politique*, Paris, 1912, préface, p. VI-VII.

5. Voy. notamment : E. LÉVY (*Le droit repose sur des croyances*), dans : *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1909, t. X, p. 296, note 4.

retrouver, pour discuter sa méthode [1]. Dès maintenant, pourtant, il nous faut bien dire qu'en répudiant, en apparence du moins, l'idéal collectiviste, en prétendant ne considérer que les faits et ne se soumettre qu'à eux, M. E. Lévy méconnaît étrangement la source principale et dominante de sa force et qu'en tout cas aucun de ceux, qui suivent avec un intérêt passionné l'évolution de sa pensée dans la suite de ses travaux [2], n'a pu manquer d'y découvrir la puissance énergique et féconde d'une conviction socialiste supérieure aux faits et dominant toutes les contingences [3]. — En définitive donc, et en dépit des objections intéressées, le socialisme juridique n'a de valeur propre et d'individualité distincte, conformément à sa dénomination même, que comme système juridique tendant vers l'idéal collectiviste, soit qu'on y voie un essai de formuler juridiquement les revendications économiques du socialisme, soit qu'on cherche en lui une méthode d'interprétation des textes et des notions juridiques de la société bourgeoise dans le sens socialiste [4].

Or, c'est précisément ce parti pris de subordonner la justice à un idéal distinct et préconçu [5], — quel qu'il puisse être, — cette préoccupation, consciente et voulue, de faire du droit un simple moyen au lieu d'y tendre comme à une fin dominante, qui doivent nous empêcher de compter le socialisme juridique au nombre des systèmes d'élaboration scientifique du droit méritant une critique détaillée. La recherche désintéressée, qui s'impose ici,

---

1. Voy. ci-après : Seconde partie, chapitre troisième (VIII), nº **82**.
2. Voy. l'indication de ces travaux : ci-dessous : nº **82**.
3. Comp. J. Hitier (sur E. Lévy), dans *Revue d'économie politique*, 1906, t. XX, p. 347-350, texte et note 1.
4. Comp. H. Truchy, dans *Revue politique et parlementaire*, 1913-1°, t. LXXV, p. 543.
5. Comp. encore : A. Menger, *Le droit au produit intégral du travail*, éd. A. Bonnet, Paris, 1900, préface de la première édition, p. 1.

exclut tout *a priori*, — socialiste autant, d'ailleurs, qu'individualiste. Il est fort possible, assurément, qu'un examen objectif des bases économiques ou morales du droit nous suggère comme idéal à poursuivre la consécration de certains *desiderata*, rentrant dans les plus hautes visées de l'idéal socialiste; sinon ce qu'on a appelé la déclaration des droits économiques fondamentaux : droit à l'existence, droit au travail, droit au produit intégral du travail, avec toute la richesse un peu inquiétante de leur contenu [1]; mais, plutôt, sans doute, un effort décidé vers ces avantages, plus modestes et mieux conformes aux aspirations concrètes de l'humanité, qui doivent marquer le triomphe de l'État populaire du travail; l'intégrité de l'existence corporelle, une certaine dignité de vie, une vie de famille régulière [2]. Il reste, d'ailleurs, plus que douteux, que ces biens essentiels ne puissent être assurés que par un régime d'organisation collectiviste. Mais, en tout cas, nous tenons pour inadmissible, du point de vue d'une recherche véritablement scientifique, de prendre comme principe et comme point de départ ce qui ne peut être que le résultat d'un effort impartial.

En définitive donc, si les tendances généreuses et pénétrantes du socialisme ne peuvent être considérées comme dépourvues d'intérêt, en tant que fait ou mobile d'action, il nous est impossible de les tenir pour capables de servir d'assiette ferme à un système, qui ne peut reposer que sur les données accessibles à l'investigation méthodique ou révélées par une intuition assez spontanée pour se retrouver en tous les esprits.

---

1. Voy. A. MENGER, *Le droit au produit intégral du travail*, trad. française d'A. BONNET, Paris, 1900, notamment : chap. I, p. 7-43 et la préface de Ch. ANDLER, § II, p. XX-XL.

2. Voy. A. MENGER, *L'État socialiste*, trad. Ed. MILHAUD, Paris, 1904, *passim*, notamment p. 28-29, p. 31, p. 32, p. 104, p. 138, p. 177 et l'introduction de Ch. ANDLER, p. XXI.

75. — C. — Devant les excès du dogmatisme préconçu, dont les systèmes précédents nous ont offert des illustrations troublantes, et en présence des incertains ou maigres résultats d'une recherche purement rationnelle, si désintéressées qu'en pussent être les tendances, on s'explique sans peine qu'un grand nombre de jurisconsultes, désireux de répondre aux besoins criants de la vie pratique, sans forfaire aux exigences impérieuses de leur conscience scientifique, se soient maintenus dans une position étroitement objective et aient renoncé à dérober à la Justice idéale ses secrets impénétrables, pour ne chercher que dans le droit positif lui-même, tel qu'il se comporte et se développe en fait, les directions nécessaires à sa vie et à son progrès. De là un système d'élaboration scientifique du droit, qu'on peut appeler le système du positivisme juridique, exclusivement fondé sur le droit effectivement existant.

Pareil système, avoué et nettement réfléchi chez quelques-uns, presque toujours inconscient et comme fondu dans une sorte de routine paresseuse, parfois aussi déguisé plus ou moins habilement sous des conceptions abstraites, traduit, en réalité, l'attitude habituelle et courante des interprètes du droit à l'heure présente [1]. Aussi mériterait-il une place à part, et presque éminente, parmi les théories générales du droit actuellement en honneur, si on les appréciait au point de vue de l'étendue de leur application plutôt qu'à celui de leur valeur intrinsèque.

Essentiellement, le positivisme juridique consiste à écarter, du domaine de la formation, de l'interprétation et de l'application du droit, toute recherche rationnelle sur les fondements et la valeur des règles, comme impuissante à suggérer ou préciser celles-ci, qu'on prétend trouver

---

1. Voy. par exemple : P. Jèze (*De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1914, t. XXXI, p. 312-313.

entièrement développées dans la vie sociale elle-même, sous les diverses formes où se manifeste son besoin de discipline et d'ordre[1]. Et l'on ne fait même pas effort pour scruter, par le menu, les tendances intimes et profondes de l'évolution d'ensemble des sociétés[2]. On se contente d'interroger sommairement les témoignages actuellement vivants de l'organisation juridique, qui nous régit effectivement, — lois, règlements, pratiques coutumières, jurisprudence, doctrine, — auxquels il s'agit seulement de reconnaître et mesurer l'autorité qui leur revient, suivant le degré de positivité, dont jouit, *en fait*, chacun d'eux. Et, si un point de vue, aussi décidément « irrationaliste », ne peut être maintenu dans toute l'intransigeance de son principe, du moins en retrouve-t-on la tendance en cette interprétation timorée et cauteleuse, qui ne peut appuyer une solution juridique que sur un texte légal ou un précédent authentiquement établi[3].

La première vogue de ces idées est due, ce semble, à la réaction, qui s'est manifestée, au commencement du XIXe siècle, contre le doctrinarisme philosophique de l'ère antérieure, et elle s'explique, en quelque mesure, par les principes essentiels qui servaient de base à l'École historique

---

1. A ce système se rattache très naturellement la tendance à condenser tout le droit existant dans la loi positive; tendance que j'ai principalement combattue dans mon livre : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899. — Toutefois le positivisme juridique excède cette tendance, en ce que, même quand il se sent dépourvu des sources formelles, il apprécie les rapports de droit exclusivement d'après ce qui les constitue *en fait*.

2. Par là, le positivisme juridique se sépare du système de l'École sociologique, dont le principe lui sert, au fond, de point de départ. Voy. ci-après : Seconde partie, chapitre troisième (VIII).

3. On trouvera une vigoureuse description du *positivisme juridique* chez R. Saleilles (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 80-83. — Voy. des idées, un peu différentes, sur le positivisme juridique, chez Dr A. Affolter, *Der Positivismus in der Rechtswissenschaft*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1896-1897, t. XII, p. 23-43.

rique du droit. Du jour, où l'on se bornait à constater les résultats d'une évolution, fondée dans la conscience de la nation et tenue pour fatale, on renonçait à s'adresser aux sources rationnelles du développement juridique. A tout le moins, y avait-il, en ce sens, une inclination nécessaire, contre laquelle luttaient vainement les suggestions de l'instinct rationaliste. Cette tendance fut nettement accentuée par le mouvement agnostique et positiviste, qui entraîna beaucoup d'esprits vers le milieu du dernier siècle[1]. Elle peut, aujourd'hui, s'appuyer aussi sur certains courants « pragmatistes », aboutissant, à peu près, à confondre le droit, comme le devoir, avec les faits qui les suscitent[2].

L'ensemble convergent de ce complexe processus a engendré une sorte d'*horreur du droit naturel*, devenue, chez un grand nombre de jurisconsultes, comme un dogme, dont l'acceptation aveugle est allée parfois jusqu'à la bassesse. La plupart, il est vrai, ont su retenir le principe fondamental, d'une justice supérieure aux contingences, qu'ils proclament au seuil de leurs recherches, sans, d'ailleurs, en déduire des conséquences bien précises ; tels, pour ne parler que des civilistes, DERNBURG[3], REGELSBERGER[4], GIERKE[5], chez les Allemands, et les plus émi-

1. Ce mouvement a vivement influencé certains juristes de marque, notamment B. WINDSCHEID (voy. P. ŒRTMANN, *Bernard Windscheid gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, p. XII) et R. VON JHERING (*Der Zweck im Recht*, Leipzig, 2 vol., 3e éd., 1893-1898).

2. Voy. notamment : F. C. S. SCHILLER, *Humanism*. Philosophical Essays, London, 1903 ; — et *Studies in Humanism*, London, 1907 ; ce dernier ouvrage a été traduit en français par le Dr S. JANKELEVITCH : *Études sur l'humanisme*, Paris, 1909.

3. H. DERNBURG, *Pandekten*, t. I⁷, Berlin, 1902, § 17, p. 34-37 ; § 19, p. 41-42 ; § 38, p. 82-84. — *Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des deutschen Reichs und Preussens*, 3e éd., t. I, Halle, 1906, § 16, p. 47-48 et § 30, p. 84-86.

4. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, t. I, 1893, *passim*, notamment §§ 9-12, p. 57-71 et § 38, p. 155-161.

5. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, Leipzig, 1895, notamment § 15, n° 8, p. 120-121. — *Naturrecht und deutsches Recht* (Rede), Frankfurt a. M., 1883.

nents représentants de la haute doctrine française [1]. D'autres ont, de parti pris, effacé jusqu'à ce vestige d'élaboration rationnelle, pour substituer à la nature des choses, source suprême du droit, l'ensemble de l'organisation juridique positive, tenue *a priori* pour capable de se suffire à elle-même. Professée ouvertement en Allemagne par Brinz [2], Windscheid [3], Bekker [4], entre autres, cette abstention systématique a parfois rencontré quelque faveur de la part de nos auteurs français [5]. D'ailleurs, en dépit des divergences de la doctrine initiale, l'esprit positiviste domine, de plus en plus, l'interprétation du droit contemporain. Et il est aisé d'observer, par exemple, que presque tous les commentaires du Code civil allemand de 1896, suivant l'exemple des Motifs publiés en 1888 sur le premier projet [6], ont expliqué et développé la nouvelle œuvre législative, sur la base presque exclusive, du droit civil existant effectivement, dans les divers pays de l'Allemagne, avant sa mise en vigueur [7].

---

1. Voy. par exemple : Demante, t. I, nos 4-21. — Demolombe, t. I, nos 5-12. — Aubry et Rau, § 2, texte et note 2. — F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, nos 4-5. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, nos 4-7.

2. A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, t I[3], Erlangen, 1884, § 32, texte et note 26, p. 150.

3. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, notamment §§ 23-24, 9 A., Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, p. 106-112.

4. E. I. Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, t. I, 1886, t. II, 1889, *passim ;* notamment t. I, § 15. Beilage I, p. 37-38. — *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, Leipzig, 1892. — Comp., dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1885, t. VI, R. A., p. 87-88.

5 Voy. par exemple G. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, nos 4-8. — *Adde :* J. Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, t. I, 1904, p. 1-15. — Comp. Ch. Lyon-Caen, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1909-1°, t. LVII, p. 6. Voy. pourtant le même auteur, dans *Rev. intern. de l'enseignement*, 1888-1°, t. XV, p. 267-268 et 1889-1°, t. XVII, p. 352-354.

6. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin, 1888.

7. Voy. notamment les grands commentaires du *Bürgerliches Gesetz-*

Toutefois, comme la conscience morale ne pouvait se tenir absolument aux exigences de cette tendance déprimante et laissait parfois échapper ses protestations spontanées, quelques gardiens vigilants crurent voir réapparaître le spectre du droit naturel et s'efforcèrent de lui barrer la route. Ici se place la croisade, entreprise par Bergbohm [1], et poussée plus avant par Neukamp [2], qui, exploitant le snobisme ou la lâcheté des esprits, prétendirent découvrir et pourchasser, dans la doctrine allemande, toutes les survivances de l'esprit philosophique, uniformément flétries du vocable décrié de manie du droit naturel (*Naturrechtelei*).

Cette campagne devait manquer son but et déterminer, en sens inverse, une réaction favorable à la pénétration de nouvelles influences philosophiques dans le droit [3]. Mais, par la manière aiguë dont elle posait le problème, et en conduisant son principal protagoniste à nier délibérément l'existence de lacunes dans l'ordre juridique positif [4], elle permettait de prendre plus nette conscience du positivisme juridique et faisait rechercher, sous les négations du système, des éléments de reconstitution créatrice, seuls aptes à en éprouver la valeur. — Déjà, A. Merkel

---

buch, de G. Planck et autres (Berlin, Guttentag), Staudinger et autres (München-Berlin, Schweitzer), de Hölder et autres (München, Beck). d'Œrtmann et autres (Berlin, Heymann).

1. K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, 1892. — Sur les tendances de la doctrine allemande, voy. notamment : *Einleitung*, p. 1-106

2. Dr E. Neukamp, *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts*, Berlin, 1895, notamment p. 28-56, p. 74.

3. Voy. notamment : L. von Savigny, *Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 1901, t. XXV², p. 25-55 (p. 407-437), et R. Saleilles (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 80-101.

4. K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, Leipzig, 1892, p. 372 373. — *Adde* : p. 373-393, p. 407.

avait émis l'idée [1] et tracé les linéaments [2] d'une doctrine générale du droit (*Allgemeine Rechtslehre*), destinée, dans sa pensée, à supplanter la philosophie du droit et qui empruntât exclusivement ses matériaux aux règles positives existantes, synthétisées en un sens purement formel, et indépendamment de leur justice intrinsèque. Suivant une direction analogue, bien que plus détachée des textes légaux, BIERLING, après avoir critiqué les conceptions juridiques fondamentales [3], a essayé d'édifier une théorie essentiellement formelle des principes du droit [4], qu'il prétend dégager de toutes considérations métaphysiques et puiser dans le matériel juridique préexistant [5]. On peut, d'ailleurs, rapprocher de ces tentatives celle plus large, qui s'est traduite dans la *Règle de droit* de ROGUIN [6]. Récemment, le problème a été envisagé à nouveau par STERNBERG, qui, reprenant, pour la critiquer, l'idée essentielle d'A. MERKEL, n'a pu attribuer à la doctrine générale du droit, en tant qu'elle se tire des solutions positives, qu'un rôle subordonné par rapport à la philosophie du droit, dont la nécessité est ainsi, une fois de plus, et décidément,

1. A. MERKEL, *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben*, dans *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, de GRÜNHUT, t. I, 1874, p. 1 et sq., p. 402 et sq.

2. A. MERKEL, *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*. Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft, dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, de HOLTZENDORFF, 5e éd., 1890, p. 5 et sq. — *Juristische Encyklopädie*, Berlin, 1900.

3. E. R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1877-1883.

4. E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg i. B., 1894-1898-1905-1911.

5. D'ailleurs, BIERLING ne nie pas la justice intrinsèque; il se contente de la négliger, l'abandonnant, non sans quelque dédain, au droit naturel (*Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, § 1, nos 2-3, p. 3-6). En même temps, il maintient la « Philosophie du droit », dont sa *Juristische Principienlehre* n'est qu'une partie (*ibid.*, § 1, n° 5, p. 12-13).

6. E. ROGUIN, *La règle de droit* (Étude de science juridique pure), Lausanne, 1889.

reconnue [1]. — Finalement, tous ces essais théoriques [2], demeurés sans influence sérieuse sur l'élaboration du droit pratique, ont laissé le positivisme juridique dépourvu de toute justification précise et réduit à se défendre par la seule affirmation de son hégémonie effective.

Aussi bien, suffit-il de considérer la fragilité des bases, sur lesquelles on a tenté d'asseoir ce système, pour être convaincu de son insuffisance. La prétendue plénitude de l'ordre juridique positif (*die Geschlossenheit des Rechts*), supprimant toutes les lacunes où se dût jouer la raison, n'est qu'un postulat contredit par le sens commun autant que par les conclusions d'une observation élémentaire; fût-elle admise, on ne voit pas qu'elle pût fournir la direction nécessaire à l'organisation de la vie sociale. Quant à cette doctrine générale du droit (*Allgemeine Rechtslehre*), qui servirait de cadre aux constructions juridiques, ou bien elle ne sera qu'une condensation de résultats, qui ne fournira rien de plus que les préceptes mêmes, qu'elle devrait dominer, ou bien elle excédera manifestement les données de l'ordre positif et trahira ainsi le système qu'elle se propose d'expliquer. Quoi qu'on fasse, on ne saurait trouver dans les seules réalités acquises, — fût-ce des réalités strictement juridiques, — le principe supérieur, sans lequel toute vie et tout progrès leur sont refusés.

Accepter le point de vue du positivisme juridique serait donc renoncer à l'élaboration scientifique du droit. Nous ne pourrions nous y résigner que si nous nous sentions acculés à cette extrémité désespérante. Il semble même que, par là, nous manquerions aux aspirations les plus

---

1. Th. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, I Teil, Leipzig, 1904, p. 168-178. — 2e éd. sous le titre : *Einführung in die Rechtswissenschaft*, t. I seul paru, Methoden-und Quellenlehre, Leipzig, 1912 (ce t. I ne contient pas de passage correspondant à celui de la première édition cité plus haut).

2. Cons. encore : A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Halle a. d. S., 1913.

profondes de notre nature. Si débiles et si chancelantes se laissent sentir nos facultés rationnelles, leurs plus timides lueurs doivent nous diriger au milieu des faits et nous aider à maîtriser la vie. Il ne nous est pas permis de nous dérober, d'avance, à l'effort de pénétration profonde, qui apparaît indispensable. Et, au surplus, les éléments les plus positifs de l'organisation juridique existante ne peuvent eux-mêmes être pleinement acceptés, saisis et fécondés, que si on les rattache à la source supérieure dont ils sont issus[1].

Au fond, le positivisme juridique ne se justifie que comme une attitude; et cette attitude ne saurait convenir qu'à la technique du droit. Quand il s'agit non plus de scruter le mystère du « donné » social, mais de le faire valoir en l'adaptant à la vie[2], il peut être opportun, pour satisfaire certaines exigences de la pratique (sécurité, précision, etc.), de couper en quelque sorte les préceptes juridiques de leur origine rationnelle, et de les manier, à certains égards du moins, comme des entités distinctes, valant par elles-mêmes et « se construisant » ainsi plus solides et plus nettes. Aussi bien, le crédit et l'autorité de ce système, chez les jurisconsultes de l'heure présente, témoignent-ils de l'importance justement reconnue au côté technique de l'élaboration du droit. Et nous pouvons en espérer quelque profit sous ce rapport. Mais s'en tenir strictement et exclusivement à ce point de vue serait consentir à ne voir dans le droit positif qu'une pure technique, voire même une technique incomplète de la vie sociale. Or, si convaincu que je sois du rôle capital de la technique juridique, je ne puis admettre qu'elle constitue, à

---

1. Comp., sur le « positivisme du droit » (*Rechtspositivismus*), qu'il rapproche du « positivisme moral » (*Moralpositivismus*) : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, t. I, Freiburg i. B., 1904, p. 469. *Adde* : p. 469-485 et p. 139-156.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n^os^ **32-34**, p. 95-100.

elle seule, tout le droit. Et, parce qu'elle a besoin, pour y élever ses constructions, d'une base solide, que peut seule fournir la considération objective d'une nature des choses, supérieure aux éléments positifs, je n'hésite pas à écarter, comme absolument déficient, à cet égard, le positivisme juridique [1].

76. — **D.** — Le système, qui précède, s'est trouvé notablement renforcé et, à vrai dire, transformé en un système nouveau, sous les efforts, poursuivis par R. von JHERING, pour réintroduire dans le droit positif l'idée capitale de finalité [2]. — On sait que, pour von JHERING, le but crée le droit tout entier, — comme il crée, d'ailleurs, aussi la Morale et les Mœurs. JHERING entend, par là, que toute règle juridique, — aussi bien que les normes de morale ou de mœurs, — répond à un motif pratique et n'a pas, au fond, d'autre raison d'être. De même que le monde physique est dominé par la loi de causalité, de même le monde moral et social dépend de la loi du but. Cette dernière peut même passer pour la loi universelle, si l'on considère, qu'à la prendre dans toute son ampleur, elle contient, en soi, la causalité [3]. Par suite, ce sont des

---

1. Comp., sur « la vieille illusion historique, qui a été celle du XIXe siècle tout entier, qui lui a tenu lieu de tout système et qui s'annonce comme devant paraître insipide à notre génération », AGATHON (*La vie universitaire*), dans *l'Opinion*, numéro du 8 avril 1911, p. 433-434, qui ajoute : « La méthode historique a échoué partout où elle a prétendu construire (esthétique, morale, sociologie, politique). Et l'érudition infinie, innombrable, est l'école du découragement et du scepticisme, deux dangers contre quoi réagit l'idéalisme du siècle naissant ».

2. R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, t. I, 3e éd., 1893 ; t. II, 3e éd., 1898 (le 1er volume a été traduit par O. de MEULENAERE, sous le titre : *L'évolution du droit*, Paris, 1901). — Voy. une critique du tome I de cet ouvrage, menée du point de vue de l'*historisme* (rationalisme historique), par F. DAHN, *Die Vernunft im Recht*. Grundlagen der Rechtsphilosophie, Berlin, 1879.

3. Voy. sur ce point : R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I3, Vorrede, p. XII-XIV.

motifs pratiques, qui apparaissent comme les données vraies du droit positif. Et les sources profondes de celui-ci se rencontrent dans les exigences de la vie de l'homme en société, en tant que cette vie sociale requiert un ordre de rapports, qui demandent à être assurés par la contrainte. — De ce point de vue, nous ne sommes plus bornés à l'étroit horizon du positivisme juridique pur. Du moins, sommes-nous fondés à nous rendre compte du droit existant et à rechercher ses progrès possibles, en analysant par le menu toutes les circonstances qui le conditionnent et en postulent les règles, à titre de moyens en vue du but.

Nous ne saurions contester que ce système du But juridique tende fort heureusement à compléter et à dépasser le point de vue du pur positivisme. Il faut même convenir que l'idée de finalité, à laquelle il s'appuie, répond à une vérité profonde[1] et semble devoir jouer un rôle important dans l'élaboration achevée du droit positif.

Il reste, toutefois, plus que douteux, que cette idée soit elle-même suffisante, pour fournir à l'investigation scientifique du droit les éléments solides et féconds, dont elle ait besoin pour se développer dans toute son ampleur. Sa mise en œuvre supposerait connu, dans son fonds même, le but suprême, vers lequel doit se mouvoir l'humanité. Et la notion purement formelle du but demeure, à elle seule, impuissante à nous révéler son contenu.

De fait, quand nous analysons l'œuvre, assurément imposante, de l'illustre auteur du *Zweck im Recht*, nous devons reconnaître que R. von Jhering ne nous a, nulle part, découvert quels sont, en eux-mêmes, les buts capitaux susceptibles de déterminer la conduite sociale. Si, parfois, derrière la notion extrinsèque du but, qui semble

---

1. Voy. par exemple : A. Prins (*L'évolution et la conception matérialiste de l'Univers*) dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1907-1908, t. XIII, p. 48-67.

absorber toute son attention, il laisse entrevoir un profond idéal, jamais, que je sache, il n'en a dévoilé le mystère. Dans ses développements, les plus suggestifs et les plus prenants, parce qu'ils sortent franchement du domaine de l'abstrait pour pénétrer dans la vie, il se borne à nous signaler de minimes motifs d'action, qui peuvent expliquer des règles très menues et généralement peu précises de discipline sociale, règles empruntées plus volontiers au domaine des mœurs et des usages de la vie qu'à celui du droit proprement dit [1]. De tout cela ne se dégage guère qu'un ensemble de considérations utilitaires, qui ne nous donnent pas la vraie raison d'être des directions fondamentales et des bases essentielles de l'ordre juridique [2]. Et, s'il serait assurément excessif, voire même franchement injuste, de dire avec J. KOHLER, l'adversaire passionné de la gloire de R. von JHERING, que celui-ci ne nous offre que des platitudes et des banalités de dilettante [3], ce n'est pas manquer à la vénération de sa grande mémoire, que de constater, qu'en dépit de tous ses efforts, il n'a pu nous apporter les principes lumineux et sûrs dont nous avions principalement besoin [4].

Au total, R. von JHERING est resté, à peu près exclusi-

---

1. Voy. R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. II, 3e éd., Leipzig, 1898, *Das Sittliche*. — Comp. t. I, 3e éd., 1893, Kap. VIII, n° 12, *Die Lebensbedingungen der Gesellschaft*, p. 435-512.

2. Comp. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I. Leipzig, 1895, § 15, texte et note 37, p. 121; et dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1911, t. XXXII. G. A., p. 356-357.

3. Voy. notamment : J. KOHLER, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. XI, p. 28. *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* de HOLTZENDORFF, 7e éd., t. I, 1913, p. 12 et p. 13, texte et note 2 (cf. 6e éd., 1904, p. 12 et p. 13). — *Das Problem der Rechtsphilosophie*, dans *Moderne Rechtsprobleme*, Leipzig, 1907, p. 1. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1909, p. 16.

4. Voy. une critique différente de von JHERING, dans : R. LŒNING, *Ueber Wurzel und Wesen des Rechts* (Rede), Jena, 1907, p. 9-20. — La note juste paraît donnée par O. GIERKE, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, *loc. cit.*

vement, l'explorateur et l'artisan de la technique juridique. C'est elle qu'il avait surtout compris et su dégager dans son *Geist des römischen Rechts*. Le *Zweck im Recht* n'est guère plus qu'une étude préparatoire à l'élaboration technique du droit moderne. L'idée capitale, qui s'y trouve mise en relief, est celle des rapports de moyens à buts, c'est-à-dire l'idée même de la technique. Toute l'œuvre générale de von Jhering se ramène à une apologie grandiose de la technique. Aussi nous sera-t-elle la direction la plus précieuse, quand nous chercherons à reconnaître, à préciser et à mesurer le rôle de l'élément technique dans l'élaboration du droit.

Mais, avant d'envisager l'adaptation des moyens au but, l'élaboration proprement scientifique du droit demanderait une précision du but lui-même. Et l'examen objectif de l'œuvre de von Jhering nous oblige à reconnaître que cette précision n'y a pas été sérieusement tentée et ne semble pas se dégager suffisamment de la notion du but, telle qu'il la présente, comme une simple forme, dont la matière reste à découvrir par une voie plus pénétrante et plus profonde.

La même impression générale d'insuffisance est laissée à l'esprit par une tentative, inspirée d'idées analogues, mais plus décidément poussée dans le sens de l'objectif proprement scientifique du droit. — En écrivant sa *Méthode positive de l'interprétation juridique*, M. Paul Vander Eycken semble s'être proposé de combiner, avec le point de vue du système positiviste, la conception téléologique de von Jhering, pour laquelle il réclame une suprématie méritée, respectivement à la conception strictement logique, jusqu'ici plus familière aux jurisconsultes[1]. Il ne se con-

1. Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, notamment titre III, Comparaison des procédés logique et téléologique ou pratique, p. 237-359.

tente pas de faire du but pratique la source suprême du droit [1], même en assignant, comme objectif à ce but, le bonheur social [2], ou plutôt, en dernière analyse, l'équilibre social [3]. Il s'efforce de définir plus précisément *le but social,* et le décompose par l'analyse en un certain nombre d'éléments, représentant *les buts sociaux* (subsistance — liberté — sécurité — égalité — abondance), entre lesquels il établit comme une hiérarchie suivant leurs valeurs respectives [4]. Bien plus, il tâche à mettre en œuvre la notion, ainsi spécifiée et pour ainsi dire « valorisée » [5], du but social [6]. Et l'on doit reconnaître qu'il arrive par là à quelques résultats intéressants. — Toutefois, on ne peut s'empêcher d'observer que ces résultats pourraient être aisément obtenus par des voies différentes et plus simples. En tout cas, le critérium du but social n'y a conduit M. P. Vander Eycken que parce qu'il a su en compléter la notion spécifique et formelle. Ce faisant, il a visiblement excédé les limites d'une conception purement positiviste du droit et montré, une fois de plus, que l'idée du but ne suffit pas à en faire un élément fécond d'élaboration scientifique, si elle ne se dépasse elle-même au moyen d'une recherche plus profonde, visant à puiser les directions juridiques dans la nature même des choses, qui les engendre et les féconde sans cesse suivant la loi essentielle de la vie.

77. — Mais, peut-être, — si le but total et dernier du droit positif ne saurait se préciser sans recourir à une pénétration profonde de l'essence même des choses, devant laquelle recule d'instinct notre timide agnosticisme, —

---

1. Voy. notamment, *ibid.*, n° 25, p. 56-57.
2. Voy. *ibid.*, n° 26, p. 57-58.
3. Voy. *ibid.*, nos 33-38, p. 65-74.
4. Voy. *ibid.*, nos 62-64, p. 112-117. Comp,, n° 74, p. 130-133.
5. Comp. *ibid.*, nos 39-43, p. 74-84.
6. Voy. *ibid.*, nos 115-124, p. 189-236.

trouverions-nous le secours désirable en des directions, plus rapprochées de nos moyens de connaissance, plus aisées, du moins, à ériger en postulats, pour y voir comme des points fermes, autour desquels se grouperaient les préceptes à découvrir. — De là l'idée, — souvent éclose chez ceux qui, tout en subissant son attrait, sentent les insuffisances criantes du positivisme juridique, — de mettre en saillie un certain nombre de *fins intermédiaires*, dont l'acceptation est rendue facile par leur simplicité et leur évidence mêmes, et qui soutiendront, comme autant de piliers fermes, la construction, souvent heurtée, toujours complexe, de l'édifice juridique. Ces fins intermédiaires, moins profondes mais plus limpides, — en stricte harmonie avec les besoins sociaux, — suppléeraient la fin suprême de l'ordre juridique, que l'on paraît désespérer d'atteindre, ou dont les contours vagues semblent impuissants à tracer la voie à suivre. Une fois dégagé tel objectif concret à réaliser, il n'est plus que de choisir les moyens le mieux aptes à nous y conduire[1].

L'idée du but, ainsi rabaissée en même temps que rendue plus maniable, a tenu, dans la jurisprudence philosophique de tous les temps, une place importante. Elle est, notamment, à la base de l'*Esprit des lois*, dont les conclusions les plus nettes se ramènent à quelques truismes, parfois exprimés dans les intitulés de ses chapitres, qui, plus souvent, ressortent de leurs développements, si concrètement précis, et par où MONTESQUIEU, rattachant *a posteriori* les lois ou les coutumes à leurs principes, fait de ces principes comme autant de fins intermédiaires, qui inspirent, en réalité, toute l'organisation du droit[2]. Elle se rencontre également, mise en œuvre

---

1. Comp. L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 139-140.
2. Voy. notamment : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, liv. II-XII, liv. XIX-XXVI.

d'une façon assez différente, en maints passages des travaux de législation de BENTHAM, et, par exemple, quand il relève les « buts distincts de la loi civile »[1].

N'est-ce pas, d'ailleurs, la même notion de certaines fins intermédiaires, dominant tout le développement juridique, qui, dans l'ordre des données objectives du droit[2], demeure le profit le plus net de l'œuvre même de R. von JHERING? — D'une part, en effet, dans les deux premiers volumes de son *Esprit du droit romain*, qu'a-t-il fait autre chose que nous représenter, avec une plastique saisissante, les principes directeurs et les tendances fondamentales du droit primitif de Rome : principe de la volonté subjective, source originaire du droit privé romain; — principe de la famille romaine; — influence de l'organisation militaire sur l'État et le droit; — principe religieux et son importance juridique[3]; — puis encore : spontanéité du droit; — esprit d'égalité; — amour du pouvoir et de la liberté[4]? Et ces principes ou tendances ne sont capables de grouper toutes les menues règles qu'il y rattache, que comme autant de buts particuliers, qui les ont provoquées et justifiées. — D'autre part, si l'ouvrage capital du maître : *Der Zweck im Recht*, n'est pas arrivé à découvrir la finalité ultime et profonde de l'organisation du droit[5], du moins nous a-t-il dévoilé, tantôt les plus vigoureux moteurs du mécanisme social, tels que le

---

1. J. BENTHAM, *Traités de législation civile et pénale*, publiés par Et. DUMONT, 2e éd., Paris, 1820, t. I. *Principes du Code civil*, 1re part., chap. II, p. 150-153, puis chap. III-XVII, p. 153-248. — Les « buts distincts de la loi civile » sont, pour BENTHAM : la subsistance, l'abondance, l'égalité, la sûreté.

2. Je laisse à part, pour l'instant, le domaine de la technique juridique, où l'apport de R. von JHERING me paraît encore bien plus important. — Voy. ci-dessus, p. 41-42 (n° **76**).

3. R. von JHERING, *Geits des römischen Rechts*, Erster Theil, t. I, 5 A., Leipzig, 1891.

4. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Zweiter Theil, Erste Abtheilung, t. II, 4 A., Leipzig, 1880.

5. Rappr. ce qui a été dit ci-dessus, p. 40-41 (n° **76**).

dédommagement de l'effort (*der Lohn*) et la contrainte (*der Zwang*) [1], tantôt les impulsions les plus ténues de l'activité juridique, comme celles qu'il sait décrire sous le nom de conditions de vie de la société (*die Lebensbedingungen der Gesellschaft*) [2].

L'influence de semblables fins, destinées à permettre une interprétation vraiment téléologique du droit, apparaît plus nette encore chez P. VANDER EYCKEN, qui, reprenant quelques-unes des idées de BENTHAM, pour éclairer le point de vue général de R. von JHERING, dégage et hiérarchise ainsi les buts sociaux à poursuivre : subsistance; — liberté; — sécurité; — égalité; — abondance [3].

Au fond, d'ailleurs, on peut dire, qu'avouée ou latente, la pression de ces fins intermédiaires, — seules aptes à suggérer les règles juridiques, en les rapportant à un objectif précis, concret, et jugé évident pour la conscience, — se fait sentir chez tous les jurisconsultes, tant soit peu pénétrés d'esprit philosophique, qui raisonnent constamment sur la foi de principes préétablis, insusceptibles d'une démonstration positive, véritables postulats sociaux, paraissant répondre à une nécessité intrinsèque, et où ils arrivent parfois à confondre les institutions juridiques elle-mêmes [4].

---

1. R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, Kap. VII-VIII, 3 A., t. I, Leipzig, 1893, p. 93 et sq.-570.
2. R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, Kap. VIII, p. 12, 3 A., t. I, Leipzig, 1893, p. 435-512.
3. P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, n°s 62-64, p. 112-117. — Rappr. ci-dessus, p. 43, texte et note 4 (n° **76**).
4. Voy. par exemple : sur les conceptions légales universelles et les *mala prohibita* : W. WILSON, *L'État. Éléments d'histoire et de pratique politique*, trad. J. WILHELM, Paris, 1902, n°s 1449-1450, p. 386-387 et n°s 1452-1455, p. 389-390. — Comp. aussi : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 6 *in fine*, 6e éd., Paris, 1911, p. 6 : « Quand on a dit que le législateur doit assurer la vie et la liberté des

Un effort décidé a pourtant été tenté assez récemment, pour dégager, isoler, spécifier, en leur assignant une individualité marquée, et mesurant leur portée exacte, les plus notables fins intermédiaires, qui se révèlent à la source des solutions juridiques. Dans ses *Notions fondamentales du droit privé*, M. R. DEMOGUE nous présente successivement sous le nom de bases du droit : la sécurité ; — l'évolution ; — l'économie de temps et d'activité ; — la justice ; — l'égalité ; — la liberté ; — le solidarisme et la répartition des pertes ; — la notion d'intérêt général, à laquelle se rattachent l'intérêt futur et l'intérêt moral [1] ; — sans parler encore du rôle de l'État mis en face de l'activité privée, qui se présente aussi comme un élément capital de l'organisation juridique moderne [2]. Or, à la façon, dont l'auteur envisage ces directions dominatrices, on s'aperçoit qu'elles représentent, à ses yeux, autant de rayons convergents autour d'un centre immense et mystérieux d'énergie sociale ou d'ordre juridique, qu'il lui paraît téméraire de vouloir découvrir [3].

Mais, — sans apprécier ici les façons très diverses dont il a été mis en œuvre, — que devrons-nous penser, pris en lui-même, de ce procédé, qui s'en tient à rechercher les fins intermédiaires, vers lesquelles convergeraient les règles mêmes du droit positif? Pouvons-nous croire que ces fins suppléent, dans leur pluralité diverse, une unité ferme de but, jugée inaccessible? Ou même, plus généra-

---

hommes, protéger leur travail et leurs biens, réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, reconnaître aux époux et aux parents des droits et des devoirs réciproques, on est encore loin d'avoir fondé une législation ; on est bien près d'avoir épuisé les préceptes de la loi naturelle ».

1. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, 1re part., chap. II-XI, p. 63-192.

2. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, 3e part., p. 567-669.

3. Voy. notamment : R. DEMOGUE, *op. cit.*, 1re part., chap. I, p. 1, épigraphe, p. 29-36. *Adde :* p. 15-28 et 36-62.

lement, y trouverions-nous une représentation valable des données objectives du droit, qui demeurent, à cette place, la seule matière de notre recherche [1] ? — *A priori*, il semble bien difficile de l'admettre, quand nous considérons la vague inconsistance des principes proposés à ce titre. De fait, si on leur refuse la base commune et profonde d'un idéal suprême et dominateur, on ne voit pas ce qui soutiendrait chacune de ces fins intermédiaires, qui risquent fort de demeurer à l'état de concepts vides, sinon même de simples mots. D'autre part, qui arrêtera, qui définira ces fins intermédiaires? Ne risque-t-on pas de les voir se succéder, de façon incohérente, les unes aux autres, se transformant et s'interchangeant au gré des esprits, capables de les imaginer sans mesure? Souvent même, elles se confondront avec les institutions juridiques, qui devraient n'en être que l'aboutissement et elles dépouilleront ainsi ce caractère de finalité, qui, seul, les revêtait d'un apparent prestige. En tout cas, rien n'assure qu'elles puissent jamais fournir un système complet et fortement construit de règles juridiques.

En définitive donc, peut-être pourrons-nous conserver ce procédé des fins intermédiaires comme un expédient, permettant de mettre plus aisément en œuvre les résultats de l'intuition ou du raisonnement [2]. Mais nous ne saurions le tenir pour suffisant à supprimer toute autre recherche des données objectives de l'organisation juridique positive.

78. — J'ose à peine, — en terminant cette revue rapide des doctrines qui ont proposé un semblant de base scientifique à l'élaboration du droit, y joindre une manière

1. Voy. ci-dessus, p. 1-2 (n° **68**). — *Adde :* n^os^ **69-71**, p. 4-20.
2. Voy. ci-après, dans cette seconde partie, le chapitre neuvième (XIV), *passim*, notamment : n° **164**, n° **172**, n° **174**.

de voir, que tend également à accréditer l'esprit positiviste de l'époque présente, et suivant laquelle le droit se formerait et se développerait en vertu d'une sorte de *consensus* général du public, et, pour ainsi dire, par la force de l'opinion.

On observe, en effet, que le droit traditionnel ne se soutient qu'appuyé sur un sentiment général, qui l'approuve, ou, du moins, consent à le subir. On ajoute, qu'en fait, les règles juridiques nouvelles n'arrivent à s'imposer que par la puissance d'une sorte de conscience collective, qui les insinue peu à peu dans la vie sociale ; et l'on signale sans peine des notions juridiques (telles que le risque professionnel, la réglementation sociale du travail, bientôt peut-être le salaire minimum), ayant passé longtemps pour inadmissibles, et qui se sont acclimatées dans les esprits et dans les mœurs avant d'être érigées en préceptes légaux. On fait remarquer, en sens inverse, que les dispositions légales ou réglementaires, qui ne répondent pas à un mouvement profond et sincère de l'opinion publique, risquent de rester lettre morte ou, parfois même, de disparaître sans avoir été appliquées.

Ne résulte-t-il pas de là, que « ce qui fait le droit, la règle de droit, c'est la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie »[1] ? Ou, ne faut-il pas dire, en d'autres termes, que « le droit est avant tout une création psychologique de la société, déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral »[1] ?

Il y a bien là une idée séduisante, qui a frappé des esprits très avisés[2], encore qu'elle ne les ait pas amenés,

1. Voy. L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 45.

2. Voy. par exemple : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 269-291 (sur le § 138 du Code civil allemand). — *École historique et droit naturel*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902,

du moins en général [1], à considérer comme résolu par elle le problème des bases scientifiques du droit.

De fait, il ne semble pas que de cette idée on puisse constituer un « système », capable de contenir et de révéler tout le « donné » de l'ordre juridique. La constatation de l'influence de l'opinion publique sur la constitution même du droit positif n'en est pas la justification. Et, s'agissant ici d'un problème de « normes » [2], il ne suffit pas de relever *ce qui est;* il faut savoir si *cela doit être ainsi*. Or, jusqu'à démonstration contraire, nous devons tenir, que s'en remettre à l'opinion, c'est accepter, comme guide, une force aveugle, sujette à erreur et que la raison ne saurait reconnaître comme décisive [3].

Si, donc, l'influence de la « conscience collective » ne saurait être négligée dans un examen objectif des éléments de l'organisation juridique, il est manifestement impossible d'en faire le principe d'un système, qui puisse suffire à assurer le ferme fondement, indispensable à une élaboration scientifique du droit.

79. — Après ces éliminations, qui ont déblayé le terrain de la recherche, celle-ci se trouve en présence de mouvements de pensée, qui méritent un examen plus sérieux, parce qu'ils témoignent, du moins, d'un effort vraiment scientifique, en vue de découvrir et d'interpréter

---

t. I, p. 108-109. — Voy. aussi M. Deslandres (*Étude sur le fondement de la loi*. A propos de Dicey cité ci-dessous, note 1), dans *Revue du droit public*, 1908, t. XXV, p. 27-37. — L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 43, p. 45, p. 76-79. — Comp. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § 1, texte et note 1. 5e éd., t. I, Paris, 1897, p. 2-3. Rappr. § 2, texte et note 2, t. I5, p. 4.

1. Voy. pourtant : A.-V. Dicey, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIXe siècle*, trad. A. et G. Jèze, Paris, 1906.

2. Voy. ci-dessus, p. 5-7 (n° **69**).

3. *Add.* : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 462-463 (n° **157**).

les données du droit objectif, pour préparer une assise ferme aux constructions ultérieures de la technique.

N'entendant retenir ici que les doctrines de ce genre, qui conservent quelque influence sur les esprits à l'heure présente, et dont les éléments puissent contribuer à la synthèse que je compte tenter plus loin (chapitre neuvième [XIV]), et désireux d'en présenter seulement les reliefs les plus saisissants, je les grouperai un peu arbitrairement en systèmes, d'après leurs idées fondamentales, dégagées des œuvres qui m'en paraissent les plus représentatives. Et, cherchant à les hiérarchiser en commençant par ceux qui se tiennent plus près de l'expérience, pour monter de degré en degré aux tendances apparemment plus profondes, je les étudierai dans l'ordre que voici :

1° Système sociologique, s'exprimant sous la forme la plus pure dans les œuvres d'E. Durkheim et de ses disciples.

2° Conception sociologique, notablement élargie et assouplie chez M. Hauriou.

3° Système idéaliste (néo-hégélien) de la culture ou de la civilisation, ressortant surtout des travaux de J. Kohler et partiellement de F. Berolzheimer.

4° Système critique (idéaliste et formel) de R. Stammler et de son école.

5° Système critique (réaliste et positif) de L. Duguit.

6° Système du droit naturel classique, développé, sous des formes d'ailleurs assez différentes, par A. Boistel et V. Cathrein.

CHAPITRE TROISIÈME (VIII)

L'ÉCOLE SOCIOLOGIQUE

SOMMAIRE : **80**. Caractère général de l'École sociologique. Sa portée au point de vue du droit. — **81**. Formation de l'École sociologique. De quel point de vue elle doit être examinée ici. — **82**. Le « socialisme juridique » de M. Emmanuel LÉVY. Exposé et critique. — **83**. La « science des mœurs » et « l'art moral rationnel » de M. L. LÉVY-BRUHL. — **84**. La « morale scientifique » et « l'idée de bien » de M. Albert BAYET. — **85**. La « Sociologie » de M. E. DURKHEIM. — **86**. Conclusion sur le système sociologique. Ce qu'on en peut retenir. Ce qui en tombe.

80. — En tête des systèmes d'élaboration scientifique du droit positif, solidement accrédités aujourd'hui et dignes d'un examen sérieux, je placerai les tentatives de l'École sociologique, qui, visant à écarter toutes conceptions métaphysiques, pour s'en tenir strictement aux réalités les plus saisissables, ne peut prétendre fournir guère plus qu'une direction de fait, orientée d'après le passé plutôt que portée vers l'idéal et condamnée, malgré tout, à demeurer extrêmement flottante.

Ce qui semble caractériser le plus nettement le système d'une élaboration purement sociologique des disciplines de la vie humaine, c'est qu'il renonce, *a priori* et délibérément, à chercher les fondements de la morale et du droit par d'autres moyens que ceux d'une procédure strictement positive et que, refusant à pareille recherche le pouvoir de découvrir les normes capables de régir

autoritativement les hommes, il se trouve limité, dans sa portée, à une simple description, au delà de laquelle il ne parvient à s'élever, qu'en reniant ses principes ou cédant à des forces plus puissantes. — Et le postulat de toute cette attitude, qui fait à la fois sa vigueur apparente et son intime faiblesse, réside en une conception, étroitement rigide et unilatérale, de la notion de science adaptée à l'étude méthodique des phénomènes sociaux. Non pas que l'École accepte, universellement ni même généralement aujourd'hui, le concept d'une sociologie assimilée à la biologie des individus et des espèces physiques. Ce mirage hypothétique, tendant à une sorte de sociologie biologique, s'est à peu près évanoui de l'horizon des penseurs [1]. Mais les adeptes du système sociologique, quelles que soient leurs divergences de détail, restent pénétrés de l'idée, que la recherche scientifique ne saurait comporter qu'un objet, la découverte des lois de la nature (nature physique ou nature morale), et que cette découverte se réalise par une seule méthode, qui a son type fixe dans la méthode, dès longtemps éprouvée pour les sciences physiques ou naturelles, et consistant essentiellement, d'abord à circonscrire, puis à compter, peser, mesurer, enfin à comparer, des phénomènes nettement spécifiés par certains traits distinctifs, pour dégager les rapports constants qu'ils soutiennent entre eux ou avec d'autres phénomènes. — En ce sens, toute science, digne de ce nom, peut être qualifiée naturelle; et la sociologie ne doit pas être autre chose que la science de la nature morale et sociale. D'où, il semble résulter logiquement, qu'elle ne saurait ni échapper au déterminisme universel, ni spéculer sur des fins inconnaissables, ni tendre à des normes qui excèdent tout à fait son empire [2].

---

1. Voy. par exemple : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 17.

2. Comp. S. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, p. 5-121.

Il importe, d'ailleurs, de l'observer. La conception sociologique n'intéresse pas seulement le droit. Elle tend, plus généralement encore, à expliquer, voire même à diriger, sinon à fonder la religion, l'éthique individuelle ou sociale, la linguistique, l'esthétique, l'économie [1], les mœurs, les usages, la mode et tout ce qui contient une règle de la conduite humaine. En cela, elle se rapproche de la plupart des systèmes de morale moderne, qu'une inspiration analogue conduit parfois à des résultats différents [2], mais qui tous entendent la morale au sens le plus large du mot et notamment cherchent des directions applicables aux problèmes de l'économie et du droit. Quoi d'étonnant, si, comme nous le croyons fermement, le droit n'est, à vrai dire, qu'un aspect spécialisé et plus nettement plastique de la morale, vivifiée elle-même par l'économie [3] ! — A vrai dire, toutefois, et par ses tendances

---

1. Voy. par exemple : F. Simiand, *La méthode positive en économie politique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 889-904.

2. Voy. par exemple : F. Rauh, *L'expérience morale*, Paris, 1903. — *Études de morale*, Paris, 1911. — A. Fouillée, *Les éléments sociologiques de la morale*, Paris, 1905. — *La morale des idées-forces*, Paris, 1908 (*Adde :* J. Bourdeau, *Les idées-forces de M. Fouillée*, avec lettre intéressante de ce dernier, dans *Journal des débats*, numéros des 22 juin et 31 juill. 1910). — Ad. Landry, *Principes de morale rationnelle*, Paris, 1906. — G. Belot, *Études de morale positive*, Paris, 1907. — Voy. aussi : Th. Ribot, *L'hérédité psychologique*, 2e éd., Paris, 1882, 3e part., chap. III, § III, p. 333-344 ; chap. IV, §§ III-VII, p. 355-386. — Cons. sur tout le mouvement moral moderne : G. Fonsegrive, *La morale contemporaine*, dans *Revue des deux mondes*, 1911-4°, sixième période, t. IV, p. 580-611 et p. 785-816.

3. Voy. ce qui a été dit plus haut, p. 19-20 (n° **71**). — *Adde :* F. Durkheim, *Sociologie et sciences sociales*, dans : *De la méthode dans les sciences*, 1re série, Paris, 1909, 274 : « ... les idées morales sont l'âme du droit. Ce qui fait l'autorité d'un code, c'est l'idéal moral qu'il incarne et qu'il traduit en formules définies ». Et, plus loin, p. 276 : « Le salaire des ouvriers ne dépend pas seulement des rapports entre l'offre et la demande, mais de certaines conceptions morales ; il hausse ou il baisse suivant l'idée que nous nous faisons du bien-être minimum que peut revendiquer un être humain, c'est-à-dire, en définitive, suivant l'idée que nous nous faisons de la personne humaine ».

à la précision méthodologique, le système sociologique, tel qu'il s'est constitué en ces derniers temps, se prête, mieux que toute autre théorie de morale moderne, à encadrer et à féconder le droit positif[1]. Aussi, ses partisans, et, à leur tête, celui qu'on considère comme son fondateur, M. E. DURKHEIM, inclinent-ils, avec une sorte de tendresse, vers les questions juridiques[2].

En tout cas, l'objet même du travail, que nous poursuivons ici, nous invite à restreindre notre examen à cette direction, spécialement juridique, du mouvement sociologique, sauf à l'éclairer elle-même par les vues de morale générale, dont elle n'est qu'une dépendance.

81. — Le système sociologique a été présenté, sous une forme particulièrement empoignante et forte, par E. DURKHEIM[3]. Assurément, il serait aisé de lui trouver

---

1. Voy. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893, p. 22-27.

2. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893, chap. I, § III, p. 66-72. — Voy. encore notamment : *Introduction à la sociologie de la famille*, dans *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, Paris, 1888, t. X, p. 257-281. — Même la sociologie religieuse, vers laquelle semble incliner, dans ces derniers temps, M. E. DURKHEIM, n'est pas sans rattachement étroit avec la sociologie juridique. Voy. E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Australie*, Paris, 1912, notamment p. 598, texte et note 2.

3. Voy. principalement : E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893 : 2e éd., Paris, 1902; 3e éd., Paris, 1911. — *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895. — *Le suicide*. Étude de sociologie, Paris, 1897. — Diverses études et critiques dans *L'année sociologique*, 1898-1912 et à suivre. — *La détermination du fait moral*. Exposé et discussion, dans *Bulletin de la Société française de philosophie* (séances des 11 février et 22 mars), 1906, p. 113-212. — *Sociologie et sciences sociales*, dans : *De la méthode dans les sciences*, 1re série, Paris, 1909, p. 259-285. — *Jugements de valeur et jugements de réalité*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, t. XIX, p. 437-453. — *Les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Australie*, Paris, 1912. (Voy. une bibliographie plus complète dans : S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, p. 19, note 1.)

des précédents, dont quelques-uns fort anciens[1], voire même, de signaler la contribution apportée à sa formation par certains mouvements de pensée très modernes, qui l'ont visiblement influencé[2]. Mais, en dépit de ces apports qui ne peuvent que fortifier l'autorité de ses conclusions, il faut reconnaître, chez E. DURKHEIM, un effort très énergiquement poussé en vue d'une méthode rigoureuse et pleinement consciente de son but. La même sûreté ne se retrouve pas toujours chez les nombreux partisans ou imitateurs, que son initiative a suscités[3], bien que plusieurs d'entre eux aient singulièrement éclairé

1. Cons. par exemple, M. SALOMON, *Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten*, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1911, t. XXXII, R. A., p. 129-167.

2. Cons. S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain. 1911, p. 122-195. *Adde*, p. 196-271. — Notez surtout les travaux de : A. ESPINAS, *Des sociétés animales*, Paris, 1877; 2e éd., 1879. — *Les études sociologiques en France*, dans *Revue philosophique*, 1882-1°, t. XIII, p. 565-607 et 1882-2°, t. XIV, p. 337-367 et p. 509-528. — *Les origines de la technologie*, Paris, 1897. — *La philosophie sociale du XVIIIe siècle et la révolution*, Paris, 1898. — *Être ou ne pas être ou du postulat de la sociologie*, dans *Revue philosophique*, 1901-1°, t. LI, p. 449-480.

3. C'est ce dont on reste frappé, quand on a suivi l'ensemble des travaux publiés dans *L'année sociologique*, sous la direction de M. E. DURKHEIM. — Il faut, d'ailleurs, observer que certains partisans du système sociologique, après avoir suivi à peu près la même voie que M. E. DURKHEIM, s'en sont nettement séparés. Ainsi M. Gaston RICHARD, qui a expliqué son dissentiment et soutient que M. E. DURKHEIM a abandonné sa conception primitive et pure de la sociologie, pour ériger celle-ci en métaphysique. Voy. *Sociologie et métaphysique*, dans *Foi et vie*, 1911, p. 331-332, p. 356-359, p. 395-399, p. 431-436. — *Adde* : *La sociologie générale et les lois sociologiques*, Paris, 1912, notamment § 15, p. 44-53; § 164, p. 362-370; appendice, p. 371-372. — Comp. les autres travaux de G. RICHARD, notamment : *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, thèse de doct. Lettres, Paris, 1891-1892. — *L'idée d'évolution dans la nature et dans l'histoire*, Paris, 1903. — Chroniques et comptes rendus critiques dans *L'année sociologique* (1896-1905) et la *Revue philosophique*. — *La sociologie et la défense du droit subjectif*, dans *Revue philosophique*, 1912-1°, t. LXXIII, p. 225-247. — *La question sociale et le mouvement philosophique au XIXe siècle*, Paris, A. Colin, 1914.

la valeur intrinsèque de la doctrine par les épreuves, théoriques ou d'application, auxquelles ils l'ont soumise [1].

Surgies du milieu philosophique, les conceptions essentielles de l'École sociologique n'ont pas tardé à séduire bien des juristes, dont quelques-uns les pressentaient et les attendaient [2], dont beaucoup d'autres ont cherché à les faire valoir pour la mise en œuvre pratique du droit vivant [3]. L'inclinaison juridique, ainsi donnée à la doctrine, apparaît particulièrement intéressante pour notre objet. Elle ne saurait, pourtant, nous dispenser de recourir, en vue de l'appréciation critique qui s'impose ici, aux œuvres, d'envergure plus large, où le système sociologique place ses fondements et prétend trouver sa justification rationnelle. — Dès lors, rien de plus aisé, ce semble, que de joindre et de combiner les deux courants de l'élaboration sociologique, pour, prenant comme base le fonds philosophique le plus général, observer ce qu'y ont apporté de précision et de vie les études plus spécialement juridiques, poursuivies dans le même esprit et par la même méthode. Disposé à suivre cette marche générale, je dois encore la préciser par trois réserves.

---

1. Voy. notamment ci-après, nos **82-84**, p. 62-74. — *Adde* : Paul Fauconnet et Marcel Mauss, v° *Sociologie*, dans *La grande encyclopédie*, t. XXX, p. 165, col. 2, p. 176, col. 2.

2. Qu'il me soit permis de citer ici mon regretté collègue et bien cher ami Ed. Gauckler, dont les idées si hardies et si fortes, qu'il savait faire valoir par la vivacité et l'émotion de sa parole communicative, ne sont qu'incomplètement traduites dans les travaux qu'il a laissés. Voy. par exemple : *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique*, Paris, Masson, sans date. — Voy. aussi : L. Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 484-505.

3. Voy. notamment les travaux de M. Emmanuel Lévy étudiés plus loin, n° **82**, p. 62-66. — Les idées qui inspirent ces travaux semblent acceptées par plusieurs de nos collègues de Lyon. Voy. par exemple : P. Huvelin (*Individualisme et socialisme*, p. 21-22 du tirage à part), dans *Revue de synthèse historique*, 1908-2°, t. XVII, p. 191-192. — Ch. Brouilhet, *Précis d'économie politique*, Paris, 1912, préface, p. VI-VII et p. VII, note 1.

D'une part, je laisserai en dehors du mouvement sociologique, tel que je l'envisage à cette place, des auteurs, qui, à première vue, semblent animés des mêmes tendances générales, si un examen plus attentif fait apercevoir, dans leur doctrine, un désaccord fondamental avec un postulat essentiel de l'École, ou l'introduction d'un élément distinct qui en fasse un système indépendant [1]. C'est ainsi que je n'entends pas faire intervenir ici, tout au moins avec l'autorité prépondérante que mériterait leur valeur intrinsèque, les travaux de M. Léon Duguit [2]. — Il est bien vrai, pourtant, que M. Duguit, suivant les inspirations de l'École sociologique, écarte, nettement et de parti pris, toutes conceptions métaphysiques, pour ne s'attacher qu'aux réalités positives, dont il prétend tirer exclusivement toutes ses conclusions. Il semble aussi vouloir réduire l'objectif de la science juridique à la description d'une nature sociale, susceptible d'être pénétrée par des modes d'investigation analogues à ceux qui révèlent les lois de la nature physique. Bien plus, prenant textuellement pour base les travaux de M. E. Durkheim sur la division du travail social, il a pensé y trouver les éléments de la *solidarité sociale*, qui sert d'assiette à toute sa construction du droit objectif [3]. — Mais cette cons-

1. En ce qui concerne les conceptions sociologiques de M. Hauriou, voy. ci-après chapitre quatrième (IX), nos **87-91**.

2. Voy. notamment : L. Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2e, t. XVIII, p. 484-505. — *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901. — *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903. — *Droit constitutionnel*, Paris, 1907. — *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, 1908. — *Traité de droit constitutionnel*, 2 vol., Paris, 1911. — *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912. — *Les transformations du droit public*, Paris, 1913.

3. Voy. notamment : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, chap. I, p. 23-79; *adde*, p. 80-100, p. 115-116, p. 137 (chap. II) et *passim*, à la suite. — En dernier lieu, M. L. Duguit paraît moins affirmatif au sujet de « l'interdépendance sociale ». *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 45.

truction elle-même demeure pénétrée de postulats impératifs évidemment étrangers aux réalités et aux faits, qui restent inconciliables avec le principe initial de l'École sociologique. Aussi bien, et contrairement aux affirmations de celle-ci, M. L. Duguit arrive-t-il à reconnaître, dans la *Règle de droit* formant le contenu essentiel du droit objectif, tout un ensemble de normes qu'il tient pour supérieures aux volontés divergentes[1]. Et, sans doute, on peut penser que cette direction dogmatique, subie, en dépit d'elle-même, par la pensée de M. Duguit, était rendue nécessaire par le besoin de faire œuvre solide et pratique. D'où résulterait qu'elle apporte une sorte de preuve expérimentale contre la puissance effective du système strictement sociologique. Il n'en reste pas moins que la méthode générale d'investigation demeure ici trop décidément divergente des procédés, purement positifs, seuls conformes à l'idéal de M. E. Durkheim, pour que nous puissions loyalement faire figurer l'œuvre de L. Duguit entre les purs produits de l'École sociologique. Elle trouvera mieux sa place plus loin parmi les systèmes criticistes[2].

A l'inverse, nous aurions pu, sans manquer aux exigences logiques, rattacher au mouvement sociologique, comme en formant une sorte de dépendance ou de prolongement, ce que nous avons appelé le positivisme juridique, consistant essentiellement en une tendance à traiter le droit comme une entité de la vie sociale, qu'on peut développer et féconder, suivant les éléments qui le constituent en fait, et sans remonter à ses principes[3]. Pareille

---

1. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 15-19, p. 20, chap. II, p. 80-137 et *passim*, à la suite.

2. Voy. ci-après, dans cette seconde partie de notre travail, le chapitre septième (XII) consacré tout entier au système critique (réaliste et positif) de L. Duguit.

3. Voy. plus haut : n° **75**, p. 31-39. — Comp. en morale : A. Lalande, *Sur une fausse exigence de la raison dans la méthode des sciences*

tendance, à laquelle aucun jurisconsulte n'échappe absolument, quand il doit descendre à certains détails de la réalisation pratique du droit, témoigne assurément en faveur de ce qui subsiste de foncièrement vrai dans la doctrine sociologique. — Nous ne saurions pourtant la présenter ici comme capable de découvrir la substance de cette doctrine, non seulement parce qu'elle traduit une attitude d'esprit souvent peu consciente chez ceux qui la pratiquent, mais plutôt encore parce que, même raisonnée, elle atteste moins une conviction scientifique qu'une impuissance découragée à se hausser au niveau des principes. Sans donc nous refuser absolument à faire état de cette position, considérée comme un fait, il vaut mieux, pour exposer dans toute sa force et mettre en même temps à l'épreuve le critérium sociologique, en dégager les traits et la mise en œuvre des tableaux qui l'ont affirmé en lui-même, ou l'ont employé pour en tirer des solutions positives, qui pussent valoir au point de vue du droit.

Enfin, je considère comme impuissantes à nous fournir ici une base sérieuse d'examen critique les aspirations de certains jurisconsultes allemands, rattachés au mouvement du *freies Recht*[1], qui ont proposé de renouveler l'interprétation du droit moderne par le moyen de considérations sociologiques[2]. Ces tendances ne sont assuré-

morales, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1907, t. XV, p. 18-33 et *Petit catéchisme de morale pratique*, dans *Bulletin de la société française de philosophie*, 1907, t. VII, p. 5-67.

1. Sur ce mouvement, voy. notamment : Dr Neukamp, *Die Freirechtsbewegung und ihre Anhänger*, dans : *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftlehre*, 1912, t. VII, p. 203-224.

2. Voy. surtout : E. Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, Berlin, 1908. — *Die Gemeinschädlichkeit der konstructiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, 1909. — *Die soziologische Rechtslehre*. Eine Erwiderung, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, t. XV, p. 283-288, — *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, 1912. — Comp., pour des idées plus nuancées et plus modérées : E. Ehrlich, *Soziologie und*

ment pas sans intérêt [1]. Mais, telles qu'elles se présentent jusqu'alors, elles semblent dénuées de précision et de profondeur. En tout cas, elles ne touchent pas le fondement même de l'ordre juridique ; et, puisqu'elles ne prétendent pas relever les données objectives de la vie sociale qui créent les règles de la conduite humaine, elles échappent à notre horizon actuel.

En effet, pour en revenir à l'objet propre de la critique, à laquelle je voudrais soumettre ici les conceptions de l'École sociologique, il ne s'agit, pour l'instant, que d'apprécier ce que cette École apporterait à l'élaboration scientifique du droit. J'écarte donc sa précieuse contribution à la reconnaissance du côté technique des règles de la conduite humaine, dont je n'ai pas hésité à utiliser par avance le résultat au profit du droit [2]. D'autre part, je n'entends pas renouveler ici la critique, déjà faite et bien faite par d'autres [3], des bases rationnelles et logiques de la théorie. Mais, me plaçant à un point de vue plus strictement expérimental et pragmatique, je voudrais simplement me demander si et comment l'École sociologique a pu tirer de la réalité sociale, telle qu'elle l'envisage, ce qui constitue l'essence même des règles juridiques, suivant la

---

Jurisprudenz, Czernowitz, 1906. — H. U. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen, 1911.

1. Il semble qu'on en pressente l'analogue dans l'article malheureusement inachevé d'Ed. LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière*. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique, dans *Revue générale du droit*, 1094, t. XXVIII, p. 152-166, p. 241-249, p. 451-463.

2. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 93-94 (n° **31**).

3. Voy. notamment : M. DESLANDRES, *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, Paris, 1902, p. 64-87 (critique de la méthode sociologique dans son application à la science politique). — *Adde :* R. BEUDANT, *L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales*, dans *Revue du droit public*, 1896-1°, t. V, p. 434-456 ; et *La méthode des sciences sociales*, dans *Revue du droit public*, 1896-2°, t. VI, p. 66-70.

notion qui en a été dégagée au début de ce travail [1].

Et si, pour procéder à cet examen, en toute impartialité, je m'adresse directement à quelques-uns de ceux qui ont développé les idées fondamentales de l'École, je ne prétends ni me faire juge de leur orthodoxie personnelle, ni faire retomber sur d'autres la responsabilité de leurs opinions ; je les choisis comme offrant à mon esprit la représentation la plus vigoureuse de la doctrine à examiner.

De ce point de vue, et en visant surtout à tirer de l'exposé du système sociologique le « rendement » le plus riche, qu'il puisse offrir à notre recherche actuelle, il me semble qu'on y peut distinguer plusieurs formations, s'étageant progressivement jusque vers le sommet des aspirations du juste objectif, et que je rattacherai — en considération du but ici poursuivi — à quatre personnalités, exprimant, suivant moi, les reliefs les plus significatifs de l'École sur le rapport qui nous intéresse.

82. — Les tendances bien nettes et, ce semble, irrésistibles, de la Sociologie scientifique, vont à une sorte de fatalisme, qui verrait le but à atteindre dans le sens du mouvement social, dont la direction aurait été reconnue en fait, de telle sorte qu'il s'agirait seulement de constater cette direction, pour s'y laisser aller à pleines voiles et incliner plus décidément toutes les forces juridiques vers l'orientation une fois établie. Pareil travail ne suppose aucun postulat téléologique et se réalise simplement par une étude minutieuse des faits de la vie et des réactions psychologiques ou morales, qu'ils suscitent chez les hommes.

C'est sous l'empire de ces idées, acceptées dans toute la rigueur de leur exclusivisme, que M. Emmanuel Lévy a

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, chap. II, nos **13-20**, p. 42-65. — *Adde :* nos **21-23**, p. 66-71 (chap. III).

écrit : « Il n'est pas scientifique de dire : ceci est légitime. Il n'est pas scientifique de dire : ceci est illégitime. Il faut dire : voici ce qui est, et voici quels sentiments a fait naître ceci qui est. Il faut montrer les choses, et dans leur réalité et dans notre psychologie, les étudier, en tant que phénomènes de l'ordre moral; et il ne faut tenir compte des théories juridiques, économiques, politiques, que dans la mesure où elles sont des manifestations d'états de conscience sociale, dans la mesure où elles expriment des réactions de sympathie ou de haine, à moins que ces théories soient elles-mêmes simplement descriptives de faits ou de sentiments » [1]. Et, ailleurs, opposant l'une à l'autre, la méthode juridique traditionnelle, qu'il appelle « religieuse » et la méthode scientifique ou « révolutionnaire », il nous dit : « La méthode religieuse consiste à mettre des principes à la base des institutions; la méthode scientifique consiste à mettre les institutions à la base des principes. — Décrire les institutions, avoir la simplicité de les constater, renoncer à les légitimer, voilà la méthode scientifique... » [2]. Et c'est, en même temps, ce qu'il a encore appelé « une méthode d'autopsychologie sociale » [3].

Si, maintenant, nous voulons constater comment M. E. Lévy a mis en œuvre ce principe dans les divers travaux, qu'il a produits et qu'il donne comme autant d'applications de son idée fondamentale [4], nous observons

1. E. Lévy, *Rapport sur les concours de l'année scolaire 1902-1903* de la Faculté de droit de Lyon, dans la brochure relatant la *rentrée solennelle de l'Université*, le 3 novembre 1903, Lyon, 1904, p. 216-217.

2. E. Lévy, *L'affirmation du droit collectif*, Paris, 1903, p. 24.

3. E. Lévy, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 106; cpr. p. 104-106 (n° 13).

4. Voy. notamment : E. Lévy (*Le droit repose sur des croyances*), dans *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1909, t. X, p. 296, note 4. — Il faut lire aussi la conclusion de ce travail, *ibid.*, p. 296-297, où je relève notamment : « Il n'y a en droit

que son procédé habituel consiste à dégager, de phénomènes sociaux à portée juridique, moyennant une interprétation subtile et parfois simplement verbale, une sorte de *consensus* en faveur d'une règle de droit, qui serait latente au milieu des réalités et qu'il s'agirait d'ériger plus décidément en précepte directeur de l'ordre juridique. — C'est ainsi qu'étudiant la *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, et après avoir relevé tous les éléments qui interviennent en ce problème, il aboutissait à constater que celui-là doit être tenu pour propriétaire de biens, ayant appartenu à une autre personne, qui détient ces biens en vertu d'actes ou dans des circonstances, de nature à lui faire croire qu'il est devenu propriétaire[1]. — Peu après, recherchant la raison d'être profonde de la responsabilité, il la découvrait dans le fait d'une confiance trompée et proclamait que : « 1° *les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir;* 2° *dans la mesure où, pour agir, nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes*, nous ne sommes pas responsables envers autrui »[2]. De sorte qu'il a pu réunir les résultats essentiels de ses premières investigations sous cette formule lapidaire : « notre confiance légitime en nous et en autrui nous fait acquérir le droit, oblige les autres envers nous »[3]. — Plus tard, il met en présence le droit du capital et celui du travail, dont il fait deux créances collectives luttant l'une contre l'autre, pour conclure, qu'en raison des caractères propres, que lui assigne aujourd'hui l'organisation syndicale, la créance

---

que des pratiques, par rapport auxquelles les principes ne sont que des étiquettes plus ou moins exactes ».

1. E. Lévy, *La preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse de doctorat, Droit, Paris, 1895-*1896*.

2. E. Lévy, *Responsabilité et contrat* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, nouvelle série, t. XXVIII, p. 373.

3. E. Lévy, *ibid.*, p. 396. — Cpr. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, t. IX, p. 350-351.

collective du travail doit absorber la créance collective du capital[1]. C'est l'*affirmation du droit collectif*, où, grâce à une série de transformations qu'il prétend éprouvées par les notions juridiques, l'auteur entrevoit tout un bouleversement de l'ordre social qui nous était familier[2]. Et cette thèse s'amplifie encore sous la représentation d'une lutte générale entre *Capital et Travail*[3], dont l'explication juridique nous montrerait, avant tout, que *le droit repose sur des croyances*[4]. — A quoi s'ajoutent nombre d'études plus menues, parfois quelque peu vaporeuses, toujours intéressantes pourtant par quelque côté, qui nous font voir M. E. Lévy constamment préoccupé de découvrir et de révéler les mouvements profonds de la pensée et de l'action économiques sous l'enveloppe des notions juridiques[5].

---

1. E. Lévy, *L'affirmation du droit collectif*, Paris, 1903, notamment p. 25-31. — Comp., dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 103-104 (n° 12), et Lettre (à propos de l'article de Paul Boncour) dans *La revue socialiste*, 1906-1°, t. XLIII, p. 320-322.

2. Voy encore : E. Lévy, *L'exercice du droit collectif* Note sur les principes et sur la méthode juridiques, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 95-106.

3. E. Lévy, *Capital et travail*, Paris, 1909 (conférences à Lyon en 1907 et 1908).

4. E. Lévy, *Le droit repose sur des croyances*, dans *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1909, t. X, p. 174-179, p. 256-264, p. 289-297 (ces articles reproduisent, avec des notes complémentaires, la brochure : *Capital et travail*).

5. Voy. notamment encore : E. Lévy, *Le droit qui passe*, dans *La vie socialiste*, numéro de mars 1905. — *Le contrat collectif à la Bourse et à l'Usine*, dans *La revue socialiste*, 1906-2°, t. XLIV, p. 37-42. — *La grève et l'entente*, dans *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1911, p. 19. — *Le mariage*, dans *La revue socialiste*, 15 mai 1910, p. 442-445 — *Notes sur le droit considéré comme science* (réponse à P. Pic), dans *Questions pratiques*, 1910, t. XI, p. 297-301. — *Le lien juridique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1910, t. XVIII, p. 823-830. — *La transition du droit à la valeur*, *ibid.*, 1911, t. XIX, p. 412-416. — *La famille et le contrat*, *ibid.*, 1911, t. XIX, p. 806-807. — *Une théorie psychologique du droit dans la doctrine française*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 743-744. — *Capital-travail*, dans *Le mouvement socialiste*, décembre 1911, t. XXX, p. 152-153 et

Comme par hasard, tout cet effort conspire à affirmer une doctrine nettement socialiste[1]. Et, en vérité, l'auteur pourrait nous dire, que ceci n'est pas de sa faute, et que la façon tout objective, dont il a conduit sa recherche, ne peut que donner plus de force à ses conclusions, en les garantissant contre des infiltrations tendancieuses. — Je suis bien assuré, pour ma part, qu'il le croit tout à fait et que sa conviction d'une entière objectivité est absolument sincère. — Mais ceux qui le lisent partagent malaisément son illusion à cet égard. Aussi bien, la question est-elle plus haute qu'une question de position ou d'appréciation personnelles. Car il s'agit, exclusivement, de reconnaître la valeur propre de la méthode employée.

Or, du point de vue de l'élaboration scientifique du droit, que nous considérons seule ici, — et en admettant que M. E. Lévy ait exactement senti ou retracé, tant dans la description qu'il en donne que dans la coloration juridique dont il le revêt, le mouvement des faits et des idées, — il faudrait, avant tout, savoir sur quoi il se fonde pour considérer ce mouvement comme justifié à animer l'avenir en s'y prolongeant ou s'y développant, autrement dit, pour transformer le fait en droit. Et c'est une démonstration. dont, avec sa belle confiance, — un peu aveugle, presque ingénue, — en la valeur absolue de l'analyse sociologique, jointe à une sûreté peu commune dans le maniement des notions juridiques, le distingué professeur de Lyon ne paraît même pas soupçonner l'importance capitale ni entrevoir la sérieuse difficulté[2].

---

p. 377-381. — *Le droit du locataire et sa réalité* dans *Le mouvement socialiste*, janvier 1912, t XXXI, p. 82-83, — *Analyse sociale du change*, *ibid*, février 1912 t XXXI, p 164-165. — *Les syndicats d'instituteurs et la loi de 1884, ibid.*, décembre 1912, t. XXXII, p. 350-352.

1. Comp. ci-dessus, p 28-29 (n° **74**)

2. M E. Lévy a bien parlé quelque part (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1903 t. II, p. 101-106 n° 13) d'une logique sentimentale, con-

83. — Ce point vif du problème, que la fantasmagorie trompeuse de leurs concepts et la rigueur figée de leurs formules ont pu dissimuler ou atténuer aux yeux des juristes, a été bien plus vivement senti des philosophes, dont le rationalisme incoercible requérait ici une explication catégorique.

Il en est qui, par leurs analyses rigoureuses et dissolvantes, ne sont arrivés qu'à mieux faire ressortir l'énigme, laissant, en même temps, entendre, par leur silence, qu'ils n'en possédaient pas la solution. Et tel paraît être, sous le rapport qui nous occupe, le résultat, le plus clair, des études, si audacieuses et si fortement charpentées, de M. L. Lévy-Bruhl sur *La morale et la science des mœurs* [1].

En distinguant, plus précisément qu'on n'avait jamais fait, la science des mœurs, étude purement descriptive d'une « nature morale », qu'il s'efforce de spécifier, de l'art rationnel tendant à régulariser la pratique morale [2], M. Lévy-Bruhl fait nettement apercevoir la nécessité d'une direction ferme pour cet art rationnel, où se trouve condensé, à ses yeux, tout l'effort du perfectionnement moral de la société. Et assurément, il n'entend chercher cette direction que dans la science. Mais, comme il a

---

trôlant l'hypothèse dégagée des faits et des impressions qu'ils nous causent. — Mais, puisqu'il prétend échapper au subjectivisme, il eût dû nous tracer les règles de cette logique et nous montrer comment elle se tient toujours dans l'objectif. Est-il rien de plus flottant et de plus personnel que les sentiments? Voy. Th. Ribot, *La logique des sentiments*, Paris, 1905.

1. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, Paris, 1903 (voy. le compte rendu de cet ouvrage, signé E. D. dans *L'année sociologique*, 1905, t. VII, p. 380-384). — Préface (publiée d'abord sous ce titre : *La morale et la science des mœurs*. Réponse à quelques critiques, dans *Revue philosophique*, 1906-2°, t. LXII, p. 1-31) ajoutée à la troisième édition, 1907. — *Morale* dans : *De la méthode dans les sciences*, Paris, première série, 1909, p. 287-318.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 93-94 (n°s **31**), et les références de la note 2 de la page 93.

refusé *a priori* toute valeur normative à la science des mœurs, soigneusement séparée d'une « métamorale », qu'il laissait délibérément étrangère à son horizon, il reste singulièrement embarrassé d'indiquer où surgira le phare, vers lequel orienter la vie morale.

Son ouvrage capital n'offre guère, à ce sujet, que des échappatoires manifestement défaillantes. — D'un côté, il insiste sur cette constatation, que la morale existe en fait et y joint l'affirmation qu'elle subsistera indépendamment de toutes les recherches théoriques [1]. C'est une prise de position, qui dénote, *a priori*, peu de confiance dans l'influence de la science sur la pratique. Mais le moyen n'est pas bien sûr et ne fait, en tout cas, qu'éluder la difficulté. — D'un autre côté, pourtant, M. Lévy-Bruhl semble admettre que la science des mœurs pourra éclairer l'art moral rationnel en certains points. Toutefois, avouant qu'on manque de données précises sur les questions fondamentales, il ajourne l'influence décisive de la science à l'époque, lointaine et indéterminée, où elle se trouvera suffisamment constituée. Jusque-là, il faut nous contenter d'introduire quelques améliorations dans la morale existante, en nous décidant, au cas de doute, pour le parti, qui, dans l'état actuel de nos connaissances, paraît le plus raisonnable [2]. — Au surplus, tous ces développements, comme l'ensemble même de la thèse dont ils font partie, n'empruntent quelque apparence de valeur qu'à une assimilation constante des disciplines morales

---

1. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, notamment chap. V, § i, p. 129-135. — Comp. chap. II, § i, p. 35-41; chap. V, § ii, p. 135-145; chap. IX, § i, p. 255-266. Préface, p. xvii xxi (§ ii). — *Adde : Morale*, dans : *De la méthode dans les sciences*, première série, Paris, 1909, p. 311-313.

2. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, notamment chap. V, § iii, p. 145-151, surtout p 150-151. — Comp. chap. IX, § ii *in fine*, p. 272-277. Préface, p. xxx-xxxi et p. xxxiii-xxxiv (§ iii). — *Morale*, p. 317-318.

aux sciences physiques et naturelles[1], assimilation qui peut séduire l'esprit, mais qui nulle part n'est démontrée et répugne même à tout ce que nous suggère la comparaison de ces branches si diverses de la Science. — En somme, nous restons purement et simplement en présence des postulats initiaux de la doctrine, suivant lesquels, d'une part, il n'existe pas de science normative, d'autre part, aucun critérium de direction ne peut être admis en dehors de la voie scientifique. Or, l'expérience, tentée par l'auteur, achève de montrer que la combinaison de ces deux postulats ne peut conduire qu'à une impasse.

M. Lévy-Bruhl l'a si bien senti que, dans la préface qu'il a jointe à la troisième édition de son livre capital, pour répondre à quelques critiques, il consent à reconnaître, contrairement à ses tendances fondamentales, la nécessité de fins « universelles et instinctives », telles que celle-ci : « que les individus et les sociétés veulent vivre et vivre le mieux possible, au sens le plus général du mot ». Il consent même la possibilité de « fins plus précises », qui varieraient avec l'état de nos connaissances et ne se préciseraient qu'au cours de la recherche, mais impliqueraient des considérations de finalité à titre de « procédé heuristique » et aboutiraient à de véritables « jugements de valeur »[2]. — Cet aveu fugitif raffermissait mal une construction d'ensemble, qu'il tendrait plutôt à ébranler. Aussi bien, l'auteur ne l'a-t-il émis qu'en passant et comme contraint à une sorte de *salto mortale*[3]. Finalement, il s'en est tenu à sa doctrine primitive, qui rejette tout idéal scientifique de la morale

1. *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, et préface, *passim*. — *Morale*, *passim*.

2. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, préface, p. xv-xvii.

3. Comp. L. Lévy-Bruhl, *La philosophie de Jacobi*, Paris, 1894, *passim*, notamment p. 90, p. 166-168, p. 222, p. 228, p. 245-247, p. 248, p. 252.

pratique, pour la réduire à un art, soi-disant rationnel, en réalité purement empirique [1]. Et, quant à lui, il semble bien avoir exclusivement placé sa confiance dans les études historiques, objectives, analytiques et comparatives, des phénomènes collectifs, susceptibles de révéler la réalité sociale, sans qu'il soit question d'en tirer une direction de conduite tant soit peu précise [2].

84. — L'hiatus n'en subsiste que plus béant entre les nécessités de la vie sociale et les conclusions trop modestes du système sociologique. — L'effort le plus poussé, qui ait été fait pour le combler, me semble émaner de M. Albert Bayet [3], qu'on a pu appeler l'enfant terrible de l'École [4], mais qui, en dépit des désaveux intéressés dont il a été l'objet [5], conserve le mérite d'avoir cherché à exprimer tout le suc de la doctrine sociologique, pour n'aboutir qu'à en révéler la stérilité foncière et l'impuissance radicale.

Sans doute, il défigurait, par l'outrance, les conceptions fondamentales de ses maîtres, quand, dans son enthousiasme pour la constitution d'une *Morale scientifique* [6], il

---

1. L. Lévy-Bruhl, *Morale*, dans : *De la méthode dans les sciences*, première série, Paris, 1909, p. 287-318.

2. Voy. par exemple : L. Lévy-Bruhl, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Paris, 1910.

3. Voy. notamment : A. Bayet, *La morale scientifique*. Essai sur les applications morales des sciences sociologiques. 1re éd., Paris, 1904 ; 2e éd. revue et augmentée d'une préface, Paris, 1907. — *L'idée de bien*. Essai sur le principe de l'art moral rationnel, Paris, 1908. — Je me borne à mentionner les œuvres plus récentes, tout imprégnées d'un dilettantisme, qui laisse incertaines leurs conclusions positives : *Les idées mortes*, Paris, 1908. — *Le mirage de la vertu*, Paris, 1912.

4. Voy. E. Brumas, dans *Revue thomiste*, 1908, t. XVI, p. 350

5. Voy. notamment : E. Durkheim, dans *L'année sociologique* (pour 1904-1905), t. IX, 1906, p. 325. — L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, préface, p. xxxiv, note 1 *in fine*.

6. A. Bayet, *La morale scientifique*, 2e éd., Paris, 1907, notamment p. 9-10, p. 35-37, p. 49, p. 125-160, p. 173 (1°), p. 176-178.

réduisait les idées de devoir et de responsabilité, de mérite ou de démérite, voir même le principe, suivant lequel la valeur morale des actes dépend de la seule intention, à une « sorte de fantasmagorie sans base objective » [1]. Cette réserve faite, on devait, du moins, reconnaître qu'il est resté fidèle aux postulats essentiels de l'École [2], en séparant la science de la pratique morale et en concentrant tout son effort sur la constitution d'un art moral rationnel, dont l'office propre fût de rectifier les idées collectives et de perfectionner les mécanismes sociaux sur la base des données fournies par la science sous l'inspiration constante de la pratique [3]. En même temps, il signalait, *transeundo*, comme fin nécessaire de cet art moral rationnel, le bonheur ou l'intérêt, dont il présentait, d'ailleurs, une notion extrêmement souple [4].

Plus tard, envisageant directement *l'idée de bien* [5], il revient sur ces dernières assertions, qu'il déclare vagues, et, comme telles, dépourvues d'efficacité pratique [6]. Et, partant de ce principe que l'art moral ne se peut concevoir qu'en vue d'améliorer la réalité [7], proclamant en même temps que la science ne peut nous donner une idée de bien scientifique [8], il cherche où rencontrer cette idée de bien, indispensable pour diriger l'art moral rationnel [9]. Suivant les suggestions de l'École sociologique, il ne peut la trouver que dans la réalité [10]. C'est le bien, tel qu'il est

1. E. Durkheim, dans *L'année sociologique*, 1906, t. IX, p. 325.
2. *Ibid.*, t. IX, p. 324 et 326.
3. A. Bayet, *La morale scientifique*, 2e éd., Paris, 1907, préface, p. x-xi, p. xv-xvii, puis p. 5, p. 7-8, p. 10, p. 51-124, p. 173-176, p. 179-180.
4. *Ibid.*, p. 40 49, p. 174 (3°).
5. A. Bayet, *L'idée de bien.* Essai sur le principe de l'art moral rationnel, Paris, 1908.
6. *Ibid.*, p. 19. — Comp. p. 34-39.
7. *Ibid.*, chap. I, p. 11-24
8. *Ibid.*, chap. II, p. 25-60.
9. *Ibid.*, chap. III, p. 61-69.
10. *Ibid.*, chap. IV, § i, p. 70-81.

conçu en fait, qui, seul, peut compter ici : « Le bien est, en chaque pays, à chaque instant, ce que les consciences collectives jugent, implicitement ou explicitement, être bon »[1]. Mais, comme cette idée de bien effective se présente sous des formes diverses et changeantes[2], entre lesquelles l'art moral rationnel n'est pas apte à faire un choix éclairé[3], il reste que la science nous donne des renseignements positifs sur la destinée des idées de bien réelles, pour nous incliner à poursuivre celles dont le succès paraît le mieux assuré[4]. Que les praticiens de l'art moral soumettent leurs hypothèses aux hommes de science. Ceux-ci les passeront au crible d'une critique basée sur les données de l'observation et de la comparaison, pour discerner, d'après les chances de vie, celles qui méritent d'être poursuivies[5]. M. A. Bayet s'efforce à tracer les règles de ce diagnostic délicat et en tente l'application à quelques questions particulières : suicide, responsabilité, enseignement moral[6]. — En tous ces développements, on ne peut disconvenir qu'il ait déployé une finesse d'analyse et une souplesse de dialectique remarquables. Mais, pour le fond, son système se ramène, purement et simplement, à admettre comme critérium du bien à poursuivre le succès d'après l'opinion[7].

Or, — indépendamment des contradictions qu'elle reçoit de certaines assertions de son auteur[8], — la faiblesse irrémédiable de cette prétendue justification apparaît en deux

1. A. Bayet, *L'idée de bien*, Paris, 1908, p. 228; cp. p. 70, p. 80-81.
2. *Ibid.*, chap. IV, §§ II-III, p. 81-99.
3. *Ibid.*, chap. V, p. 100-118.
4. *Ibid.*, chap. VI, p. 119-156.
5. *Ibid.*, chap. VIII, p. 204-225.
6. *Ibid.*, chap. VII, p. 157-203.
7. *Adde* : *Idée de bien*, Conclusions, p. 227-233.
8. Voy. notamment : A. Bayet, *L'idée de bien*, Paris, 1908, p. 65 : « L'absence de tout idéal est un sûr garant d'inertie. Et ce que nous prenons, soit chez les autres, soit en nous-mêmes, pour amoralisme n'est souvent que moralisme exaspéré et ingénu ».

défauts, dont chacun suffirait à la condamner : I° Le système demeure pratiquement inapplicable. De fait, on ne peut nous dire comment on discernerait, à coup sûr, ces courants dominateurs, qui doivent fournir la direction à suivre. En dépit de la subtilité de leurs analyses, les « exemplifications » ingénieuses de M. A. BAYET laisseraient dans le plus grand embarras la pratique morale. Et, pour ce qui est spécialement du droit positif, il est incontestable que l'enchevêtrement compliqué de points de vue, que suscitent les moindres problèmes, envisagés de ce biais, ne peut suggérer au jurisconsulte, particulièrement au juge, qu'une incertitude de décision, dont le résultat inévitable serait un subjectivisme effréné. — II° A supposer même qu'on pût passer sur ce dernier écueil, il resterait que le critérium du succès n'est, comme dépourvu de toute valeur intrinsèque, aucunement acceptable. M. A. BAYET déclare qu'il ne tend pas à indiquer ce que doit faire l'art moral, mais seulement à prévoir ce qu'il fera [1]. C'est la ruine de tout rationalisme, à moins d'en revenir au principe hégélien : tout ce qui est réel est rationnel; — principe essentiellement *métaphysique*, que l'école sociologique se doit de repousser avec horreur.

Vainement objecte-t-on encore que les fins sont en dehors de la science, en ajoutant, sous couleur d'une spécieuse analogie, que l'ingénieur ou l'architecte, — dont on rapproche constamment celui qui élabore l'art moral rationnel, — travaillent en vue de fins qui résultent des faits, leur technique consistant à adapter la science à des buts qui viennent d'ailleurs [2]. — Il est trop clair que c'est

---

1. A. BAYET, *L'idée de bien*, Paris, 1908, p. 231. — Comp. ce qui a été dit plus haut de mouvements d'idées analogues : n° **75**, p. 31-39; p. 59-60 (n° **81**) et n° **82**, p. 62-66.

2. Voy. notamment : A. BAYET, *L'idée de bien*, Paris, 1908, p. 65-66 : « leurs principes [des ingénieurs] ne sont pas les lois physiques ou chimiques miraculeusement transformées en lois normatives. Ce sont des désirs, des tendances, des goûts, des modes, voire des manies,

là confondre à plaisir occasion et fin. Sans compter que ce qui serait possible pour les sciences physiques ne l'est pas dans les disciplines morales, où les fins font partie de la science elle-même [1].

Si intéressant et si osé qu'il apparaisse, il faut donc reconnaître que l'effort de M. A. Bayet n'aboutit pas à dégager de la réalité sociale, telle que l'envisage l'école sociologique, et de façon à inspirer à leur sujet une conviction commune, les règles que postule la conduite morale et juridique de l'humanité.

85. — Mais, pour apprécier pleinement cette direction d'idées, sous le point de vue qui nous intéresse ici et qui a été précisé plus haut [2], il faut en revenir à l'œuvre magistrale de M. E. Durkheim. Seul, en effet, ce dernier paraît avoir une possession pleine et cohérente de la doctrine sociologique, que ses travaux personnels ont véritablement constituée [3], et où son autorité a su maintenir, parmi la diversité des interprétations subjectives, une homogénéité remarquable. — Les bases fondamentales de cette doctrine ont été posées sous le couvert d'une application importante, dans la thèse présentée, par M. E.

---

que la science ne consacre en aucune façon, dont quelques-unes passent communément pour détestables, mais qui sont des faits et qui, par là même suscitent, en fait, l'activité pratique ».

1. Comp. E. Durkheim, dans *L'année sociologique*, 1906, t. IX, p. 325-326 : « Sans doute, il est certain que l'art de l'ingénieur ou de l'agriculteur ne traite de rien qui ressemble à des devoirs; mais c'est qu'aussi les phénomènes de la mécanique ou de la chimie organique, dont traitent les sciences correspondantes, ne contiennent rien qui ressemble à une obligation morale. Mais de ce que les faits physiques excluent toute idée de devoir, pourquoi en serait-il ainsi des faits moraux... ».

2. Voy. ci-dessus, p. 61-62 (n° **81**).

3. C'est ce que reconnaissent tous les adhérents du système sociologique, même ceux qui se sont séparés de M. E. Durkheim, comme M. Gaston Richard, sur le dissentiment duquel voy. ci-dessus, p. 56, note 3 (n° **81**).

Durkheim, en 1893, à la Sorbonne, sous ce titre : *La division du travail social* [1]. La théorie méthodologique en fut ensuite nettement dégagée par sa brochure consacrée spécialement aux *règles de la méthode sociologique* [2]. Depuis lors, M. E. Durkheim a su développer quelques applications minutieusement fouillées du système, en étudiant notamment *la prohibition de l'inceste et ses origines* [3], *le suicide* [4], et, plus récemment, *les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Australie* [5]. Entre temps, il a saisi, plusieurs fois, l'occasion d'en préciser certains côtés théoriques, par exemple, dans la discussion, qu'il a provoquée à la Société française de philosophie, sur *la détermination du fait moral* [6], et dans son rapport au Congrès de Bologne sur *les jugements de valeur et les jugements de réalité* [7], sans parler de sa participation directrice et constante à l'*Année sociologique* [8]. Il nous a même livré, en

1. E. Durkheim, *De la division du travail social*, Étude sur l'organisation des sociétés supérieures, Paris, 1893 (thèse de doctorat. Lettres, Paris, 1892-1893); 2e éd., avec préface nouvelle (*Quelques remarques sur les groupements professionnels*), Paris. 1902; 3e éd., Paris, 1911.

2. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895; 2e éd., Paris, 1901, avec une seconde préface. — Voy., datant d'une époque bien plus ancienne, la leçon d'ouverture du *Cours de science sociale* à Bordeaux, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1888-1°, t. XV, p. 23-48.

3. E. Durkheim, *La prohibition de l'inceste et ses origines*, dans *L'année sociologique*, t. I, 1896-1897, Paris, 1898, p. 1-70.

4. E. Durkheim, *Le suicide*. Étude de sociologie, Paris, 1897.

5. E. Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Australie*, Paris, 1912. — *Le problème religieux et la dualité de la nature humaine*, thèse et discussion à la Société française de philosophie, séance du 4 février 1913, dans *Bulletin de la Société française de philosophie*, mars 1913, p. 63-113.

6. *La détermination du fait moral*, dans *Bulletin de la Société française de philosophie*, 1906, t. VI, p. 113-212 (exposé et discussion).

7. E. Durkheim, *Jugements de valeur et jugements de réalité* (Rapport au Congrès international de philosophie de Bologne à la séance générale du 6 avril 1911), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, t. XIX, p. 437-453.

8. *L'année sociologique*, 1896 à 1905, t. I-X et 1906-1908, t. XI, 1909-

quelques pages intitulées : *Sociologie et sciences sociales*[1], comme un résumé condensé et populaire de toute sa doctrine. Cet ensemble représente une forte construction, d'où se dégage, avant tout, l'idée d'une science, qui, partant de la notion obvie du fait social, vise essentiellement à observer les faits sociaux en les traitant comme des choses, pour en dégager, par voie d'analyse et de comparaison, les types représentatifs, permettant de pressentir les directions de l'avenir dans les différents domaines où se développe la vie collective; le tout dominé par la conviction, issue elle-même de l'observation des faits, de l'influence prépondérante de la pression sociale sur les destinées de l'individu; à quoi s'ajoute, comme un résultat acquis des études déjà faites, le rôle capital de l'élément sacré ou religieux dans toute la vie sociale[2].

Pareille conception, purement théorique et descriptive, semblerait devoir rester sans intérêt pour l'objet que nous poursuivons ici. Aussi bien, M. E. Durkheim a-t-il senti la nécessité de dépasser cet horizon trop étroitement borné par la réalité sociale objective, pour induire des faits rigoureusement constatés certaines conclusions progressives. Et, c'est uniquement par ce côté « dynamique », que son œuvre doit retenir ici notre attention, puisque lui seul peut contenir la direction scientifique, que nous recherchons pour les règles du droit positif.

1912, t. XII. — Voy. notamment : t. II, 1897-1898, Paris, 1899, p. 1-28 : *De la définition des phénomènes religieux*; — t. IV, 1899-1900, Paris, 1901, p. 65-95 : *Deux lois de l'évolution pénale;* — t. V, 1900-1901, Paris, 1905, p. 82-121 : *Sur le totémisme;* — t. VIII, 1903-1904, Paris, 1905, p. 118-147 : *Sur l'organisation matrimoniale des sociétés australiennes;* — t. VI, 1902-1903, Paris, 1904, p. 1-72 : *De quelques formes primitives de classification : contribution à l'étude des représentations collectives* (en collaboration avec M. Mauss).

1. E. Durkheim, *Sociologie et sciences sociales*, dans : *De la méthode dans les sciences*, 1re série, Paris, 1909, p. 259-285.

2. Comp. C. Davy, *La sociologie de M. Durkheim*, dans *Revue philosophique*, 1911-2°, t. LXXII, p. 42-71 et p. 160-185.

Que semblable point de vue ne soit pas resté étranger à M. E. Durkheim, il nous l'a dit, avec sa netteté coutumière, au seuil même de son œuvre : « Mais, de ce que nous nous proposions avant tout d'étudier la réalité, il ne s'ensuit pas que nous renoncions à l'améliorer; nous estimerions que nos recherches ne méritent pas une heure de peine, si elles ne devaient avoir qu'un intérêt spéculatif. Si nous séparons avec soin les problèmes théoriques des problèmes pratiques, ce n'est pas pour négliger ces derniers ; c'est, au contraire, pour nous mettre en état de les mieux résoudre »[1]. En effet, la préoccupation, de dégager de ses observations, de ses comparaisons, de ses analyses si minutieuses des faits, des mœurs, des croyances, des pratiques et des institutions, certaines directions pour la conduite de la vie sociale, se rencontre en la plupart de ses travaux d'application[2].

De là ressort, dans la doctrine de M. E. Durkheim, une sorte d'orientation *téléologique*, — basée sur les idées de type social, de normalité, de généralité et d'évolution, — dont les lignes un peu incertaines, tourmentées et parfois subtiles, seraient difficiles à fixer, si l'auteur ne les avait dessinées authentiquement lui-même, en quelques formules, préalablement développées, et qu'il suffit de reproduire : « 1° Un fait social est normal pour un type social déterminé, considéré à une phase déterminée de son développement, quand il se produit dans la moyenne des sociétés de cette espèce, considérées à la phase correspondante de leur évolution. — 2° On peut vérifier les résultats de la méthode précédente en faisant voir que la généralité du phénomène tient aux conditions générales de la vie collective dans le type considéré. — 3° Cette vérification

1. E. Durkheim. *De la division du travail social,* Paris, 1893. Préface, p. iii. *Adde : ibid.*, p. iii-vi. — *Sociologie et sciences sociales,* dans : *De la méthode dans les sciences*, première série, Paris, 1909, p. 265-267 et p. 283-284.

2. Voy. ci-après, p. 78, notes 4-6, p. 79, notes 1-2 (n° **85**).

est nécessaire, quand ce fait se rapporte à une espèce sociale qui n'a pas encore accompli son évolution intégrale »[1]. On voit que cette tendance à l'idéal, par le moyen du réel[2], repose sur une distinction, que l'auteur rattache à l'opposition de la santé à la maladie, mais qui, à l'usage, apparaît infiniment plus complexe que celle-ci et qui aboutit à développer le « normal » en limitant le « pathologique », suivant ce critérium de simple bon sens, que « pour les sociétés, comme pour les individus, la santé est bonne et désirable, la maladie, au contraire, est la chose mauvaise et qui doit être évitée »[3].

On ne peut méconnaître, en toute cette recherche, le mérite d'un effort acharné dans le sens d'un critérium objectif de conduite, qui reste vraiment d'accord avec la nature propre des faits sociaux. Même, il faut convenir que M. E. Durkheim en a su tirer quelques résultats précieux. Ainsi, il a pu conclure de son étude sur la division du travail social, que « dans les sociétés supérieures, le devoir n'est pas d'étendre notre activité en surface, mais de la concentrer et de la spécialiser »[4], voire même que « l'idéal de la fraternité humaine ne peut se réaliser que dans la mesure où la division du travail progresse »[5]. Et son ouvrage sur *Le suicide* précise encore cette induction, en constatant, pour obvier à ce phénomène morbide, la nécessité de reconstituer les groupes professionnels[6].

---

1. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., 1901, p. 80. *Adde :* p. 59-80.

2. Voy. E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, 1893. Préface, p. III-IV.

3. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, p. 61. — Comp. *De la division du travail social*, Paris, 1893. Préface, p. IV.

4. E. Durkheim *De la division du travail social*, Paris, 1893, p. 450-451.

5. E. Durkheim, *ibid.*, p. 456-457. — *Adde :* la préface de la seconde édition : *Quelques remarques sur les groupements professionnels*, 3e éd., Paris, 1911, p. I-XXXVI, notamment p. XXXIII-XXXVI.

6. E. Durkheim, *Le suicide*. Paris, 1897, livre III, chap. III, p. 413-

Que si, d'autre part, on n'a pas manqué de juger étrange, comme il le prévoyait lui-même, sa constatation de la normalité du crime, envisagé comme phénomène social [1], on doit sincèrement avouer, cependant, que, sainement comprise, elle est de nature à diriger utilement la réforme du droit pénal, ne fût-ce qu'en la préservant de l'utopie [2].

Toutefois, ces conclusions demeurent bien maigres, peu précises, en même temps que, tout compte fait, peu fécondes [3]. De là déjà un reproche décisif contre le système de M. E. Durkheim. Il ne fournirait pas une direction suffisante à la vie. On n'y trouve guère plus que la formule d'un théoricien, ingénieuse, compliquée, brillante, mais, au total presque sans utilité sérieuse pour la pratique.

On lui a adressé d'autres objections, d'ordre théorique, du point de vue même de l'École sociologique [4]. — Quelques-unes de ces critiques ne portent pas ou dépassent le but. Ainsi, tout d'abord, on observe que l'auteur de *La division du travail social* et des *Règles de la méthode sociologique* ne regarde guère que dans le passé, alors que le présent, duquel seul il s'agit, en forme une modification, qui peut même être brusque [5]. Mais, s'il fallait voir là un

451, notamment p. 434-451. — Comp. la préface de la seconde édition de *La division du travail social*, intitulée : *Quelques remarques sur les groupements professionnels.*

1. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, p. 80-89. — Voy. notamment : G. Tarde, *Criminalité et santé sociale*, dans *Revue philosophique*, 1895-1°, t. XXXIX, p. 148-162 et la réponse d'E. Durkheim, *Crime et santé sociale*, *ibid.*, p. 518-523.

2. Comp. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, p. 89-93.

3. Encore faut-il ajouter que certains travaux de M. E. Durkheim n'offrent même aucune conclusion de ce genre. Voy. par exemple, *La prohibition de l'inceste et ses origines*, dans *L'année sociologique*, t. I, 1896-1897, Paris, 1898, p. 1-70.

4. Voy. notamment : A. Bayet, *Sur la distinction du normal et du pathologique*, dans *Revue philosophique*, 1907-1°, t. LXIII, p. 67-80. — *Adde* : *L'idée de bien*, Paris, 1908, p. 39-60.

5. A. Bayet, dans *Revue philosophique*, 1897-1°, t. LXIII, p. 70-75. — *L'idée de bien*, Paris, 1908, p. 43-50.

obstacle décisif, toute recherche sociologique s'en trouverait, *a priori*, condamnée. — On ajoute — et le reproche devient spécieux — : Pourquoi se cantonner dans la moyenne et ne pas viser plus haut[1] ? Indépendamment des réponses fournies sur ce point par l'auteur lui-même[2], il suffirait pour écarter la critique, de remarquer que M. E. Durkheim envisage une normalité idéale en même temps qu'appuyée à la réalité, c'est-à-dire répondant à un type bien cohérent[3].

Là-dessus, toutefois, intervient une objection plus forte et qui semble invincible, si l'on reste encerclé dans l'étroit horizon de l'observation purement sociologique : Pourquoi préférer le normal à l'anormal? Aucune supériorité de l'un sur l'autre n'apparaît dans les faits. On dit bien : la santé est préférable à la maladie. Mais cela même n'est pas évident, d'un point de vue strictement positif. Et, en tout cas, cette vérité hypothétique, — supposée admise dans l'ordre de la biologie physique, — ne saurait être transportée dans le domaine social qu'au prix d'un postulat qui dépasse tout à fait les prémisses de la méthode[4]. Au fond, le critérium, proposé par M. E. Durkheim, ne vaut que moyennant une idée, supérieure aux faits, et suivant laquelle la norme a, comme telle, une valeur propre[5]. C'est dire qu'il condamme le point de départ même de toute la construction.

Finalement, résultats pratiques insuffisants et principe

---

1. A. Bayet, dans *Revue philosophique*, 1897-1°, t. LXIII, p. 68-70. — *Idée de bien*, p. 41-43.

2. Voy. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd , Paris, 1901, p. 80, note 1.

3. Voy. E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, 1893. Introduction, §§ iv-v, p. 33-45. — Comp. Conclusion, § i, p. 445-452 et *Règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, p. 94-109.

4. A. Bayet, dans *Revue philosophique*, 1897-1°, t. LXIII, p. 75-79. — *L'idée de bien*, Paris, 1908, p. 50-60.

5. Comp. D. Parodi, *Morale et sociologie*, dans *Revue d'économie politique*, 1907, t. XXI, p. 241-270.

sans fondement sûr, tels sont les deux griefs, sous lesquels succombent toutes les variétés du système sociologique, y compris la plus cohérente et la plus complète, proposée par M. E. DURKHEIM [1]. Et la forte originalité de cette conception ne paraît se pouvoir maintenir, que si elle laisse délibérément à part tous les problèmes de fins, pour se cantonner dans le cercle de la description et de l'analyse des faits sociaux [2].

86. — Est-ce à dire qu'il n'y ait rien à retenir des méthodes ou des résultats de l'École sociologique? Bien différente est ma pensée. Et, si j'ai cherché à reconnaître loyalement la vigueur et la pénétration des doctrines qui représentent cette tendance, c'est dans la conviction qu'un effort aussi sincère vers la vérité ne saurait rester inutile. De ce que cet effort a pu s'accompagner de visées trop ambitieuses, il n'est pas à conclure qu'il n'ait laissé aucun profit.

Tout d'abord, les sociologues ont su, pour la plupart, dégager l'importance capitale, voire prépondérante, de la technique, relativement à la science proprement dite, pour la direction de la vie juridique, qui n'est guère que

---

1. Comp., pour la critique, à d'autres points de vue, de la morale sociologique : CANTECOR, *La science positive de la morale*, dans *Revue philosophique*, 1904-1°, t. LVII, p. 225-241 et p. 368-392. — MICHELET, *La crise actuelle de la morale*, dans *Revue pratique d'apologétique*, numéro du 1er mai 1906. — E. BRUMAS, *Morale d'à présent*, dans *Revue thomiste*, 1908, t. XVI, p. 348-353. — Dr J. GRASSET, *La morale scientifique et la morale de l'Évangile devant la sociologie* (conférence donnée à Marseille le 24 octobre 1908) Paris, 1909. — M. S. GILLET, *Le sens commun et la métamorale*, dans *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, Kain, 1910, t. IV. p. 5-38.

2. A cela se bornent, avec raison, les prétentions d'E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig, 1913. Cet auteur laisse tout ce qui concerne le « devoir être » du droit ou la norme proprement dite à la philosophie du droit. Voy. encore E. EHRLICH (*Soziologie des Rechts*), dans : *die Geisteswissenschaften*, I Jahrgang, 1913-1914, Heft 8, p. 202.

l'aspect le plus plastique de la vie sociale. J'ai déjà signalé ce point[1], dont je compte développer plus loin les précieuses conséquences[2]. Il n'était pas inutile de le rappeler ici, ne fût-ce que pour réduire les prétentions d'une science trop enflée d'elle-même.

Mais, au point de vue proprement scientifique, — le seul que nous ayons à considérer de près à cette place, — l'École sociologique conserve le grand mérite d'avoir attiré l'attention sur la nécessité de tirer de l'observation de la vie sociale tout ce qu'elle peut donner[3] et sur les moyens les meilleurs de se rapprocher de cet idéal de la recherche objective[4]. Il est d'importance majeure de dégager les faits sociaux dans leur pureté en les isolant de tout le reste[5]. Il convient de les traiter comme des choses, en dehors de toutes prénotions qui ne peuvent que fausser le jugement sociologique[6]. Il est bon de les considérer par leurs caractères extérieurs communs, pour les pénétrer en eux-mêmes et aboutir, dans la mesure du possible, à la constitution de types sociaux[7]. Il faut les comparer, les classifier en vue d'une explication intrinsèque (explication des faits sociaux par les faits

---

1. Voy. : Fr. Geny, *Science et technique en droit positif*, I, Paris, 1914, p. 93-94 (n° **31**); cp. n^os **32-34**, p. 95-100.

2. Voy. ci-après la troisième partie de ce travail.

3. Bien que la mode soit parfois bien loin de suivre les « canons » du *Beau*, son observation minutieuse fournit à l'esthétique des indications précieuses De même en est-il de l'observation des coutumes et pratiques juridiques par rapport au droit.

4. Voy., notamment, à cet égard : E Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901.

5. Comp. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*. 2e éd., Paris, 1901, chap. I, p. 5-19; — et : *De la division du travail social*, Paris, 1893. Introduction, § III, p 22-32.

6 Voy. principalement : E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, chap. II, p. 20-58. — *Adde* : *Sociologie et sciences sociales*, dans : *De la méthode dans les sciences*, première série, Paris. 1909, p. 284-285.

7. Comp. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, chap. IV, p. 94-109.

sociaux)[1] et en s'assujettissant à une administration de preuve rigoureuse, où la méthode des variations concomitantes semble devoir jouer un rôle prépondérant[2]. Une procédure, aussi strictement conduite, semble de nature à fournir des résultats objectifs, qui figureront parmi les données les plus fermes et les plus sûres de l'ordre juridique. De cette façon, du moins, la matière de notre étude, qu'on peut dénommer la *nature sociale* (par opposition à la nature physique), se trouvera épurée et clarifiée[3].

Même il se pourra que de la réalité sociale, ainsi mise à nu et scrutée dans son essence, se dégagent des fins secondaires, qui, représentant les moyens démontrés aptes, par l'expérience, à atteindre tels buts déterminés[4], puissent diriger avec succès les investigations en certaines questions de détail. C'est encore un mérite éminent, de la doctrine sociologique, d'avoir appelé la concentration des recherches sur des coins bien définis de la nature sociale[5], une visée ainsi limitée étant seule susceptible d'aboutir.

Mais, ce qu'il reste impossible d'admettre, c'est que la méthode sociologique nous fournisse à elle seule les fins universelles, d'où dépend toute la direction de la conduite sociale[6], et dont, par conséquent, nous ne saurions nous

---

1. Comp. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, chap. V, p. 110-152. — *Sociologie et sciences sociales*, p. 278-284.

2. Voy. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, chap. VI, p. 153-171.

3. Comp. M. Vauthier, *Droit et sociologie*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1909, deuxième série, t. XI, p. 163-179.

4. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901 : «... tout moyen est lui-même une fin, par un côté ; car, pour le mettre en œuvre, il faut le vouloir tout comme la fin dont il prépare la réalisation. Il y a toujours plusieurs voies qui mènent à un but donné ; il faut donc choisir entre elles ».

5. Comp. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, préface, p. III et p. 260.

6. Voy. ci-dessus, nos **83-85**, p. 67-81.

passer. Sur ce point, l'échec de la doctrine est complet et ne pouvait ne pas l'être, étant donné l'étroitesse de son point de départ. Aussi bien, la plupart de ses partisans, alors même qu'ils s'appuient inconsciemment sur ces fins universelles, sans lesquelles tout système de morale ou de droit reste désemparé [1], font profession de les rejeter. La raison qu'ils en donnent, et qui constitue le point irrémédiablement faible de toute la construction sociologique, réside dans cette idée, qu'aucune science ne peut suggérer des normes de conduite [2]. Or, il n'y a là qu'un postulat, qui, posé *a priori*, ne peut valoir plus que le postulat exactement contraire. Il vaut même beaucoup moins, en réalité, si l'on veut scruter à fond la notion de science, telle qu'elle est communément comprise, et surtout si l'on consent à l'entendre suivant les besoins auxquels elle doit répondre.

Que la science en soi ne répugne pas à l'idée de norme, il suffit, pour s'en convaincre, de songer à la logique, à l'esthétique, disciplines essentiellement normatives, et dont on ne saurait pourtant méconnaître la base scientifique. S'agirait-il seulement des disciplines tendant à régir la conduite morale de l'humanité? On oublierait donc qu'on nous a promis la domination de la science sur tout ce qui touche et, jusqu'au plus profond, l'essence même de la vie [3]? Mais, sans faire appel à ces prophéties un peu téméraires, il nous souvient qu'un savant des plus qualifiés a su marquer, à côté de la science positive, capable suivant lui d'affirmer

---

1. Comp. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1901, préface, p. xv.

2. Comp. E. Ehrlich (*Soziologie des Rechts*), dans *die Geisteswissenschaften*, 1913-1914, I Jahrgang, p. 202.

3. Voy. E. Renan, *L'avenir de la science* (écrit en 1849), Paris, 1890. L'idée essentielle de cet ouvrage est condensée dans la phrase bien connue : « Organiser scientifiquement l'humanité, tel est donc le dernier mot de la science moderne, telle est son audacieuse, mais légitime prétention », p. 37. Voy. notamment : II, p. 17-37 et p. 378-387 (XVIII).

le devoir sur la base des réalités morales constatées par l'observation et l'expérience[1], la place d'une science idéale, qui, appuyée aux fondements solides de la première, s'élèverait, bien qu'avec une moindre certitude, jusqu'aux questions d'origines et de fins[2].

Mais, admettons même que, dans le doute, on hésite à reconnaître à la science, proprement dite, cette force de suggérer les fins nécessaires pour diriger la conduite. Il reste à savoir si nous ne les obtenons pas d'une puissance complémentaire de l'entendement, — qu'on l'appelle croyance, intuition, voire même sentiment, — indispensable, en tout cas, pour assurer à l'homme la plénitude de sa destinée. Et, si la foi à cette puissance ne paraît pas strictement scientifique, ne serait-ce pas que notre notion de science est elle-même trop étroite et qu'il serait nécessaire de l'élargir? Science ou non, d'ailleurs, qu'importe! Avant tout, il faut vivre. Et, du moment que notre vie exige l'idéal, nous saisissons celui-ci où nous le pouvons trouver.

C'est ce que le système sociologique a voulu délibérément écarter. Ce faisant, il s'est heurté à une nécessité supérieure à tous les concepts et il s'y est brisé. De même que la critique kantienne, poussée à l'extrême, et méprisant les exigences de l'esprit, tend à ruiner la connaissance et à engendrer le scepticisme intellectuel, ainsi l'exclusivisme sociologique aboutit à désemparer la moralité et à créer le scepticisme moral[3].

---

1. M. Berthelot, *La science idéale et la science positive* (Lettre à M. E. Renan, novembre 1863), dans *Science et philosophie*, Paris, 1886, p. 13-16.

2. M. Berthelot, *ibid.*, p. 17-40. — *Adde* : M. Berthelot, *La science et la morale*, dans *Science et morale*, Paris, 1897, p. 1-35. Voy. notamment p. 13-19, p. 22-32, p. 34-35.

3. Comp., sur l'utilisation et le complément possibles du système sociologique dans le sens thomiste : S. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, chap. VII et VIII, p. 272-392.

Mais, à défaut d'un dogmatisme, religieux ou autre, l'esprit pragmatiste intervient ici, pour rappeler les besoins d'une vie sociale complète. Toutefois, il ne produit guère en nous qu'un sentiment, manifestement insuffisant à déterminer la volonté. Et son principal mérite est de nous convaincre de la nécessité d'une métaphysique, si ténue et si rudimentaire soit-elle, sans laquelle l'humanité ne saurait, particulièrement dans le domaine moral et juridique, donner, à ses efforts, une direction assurée.

Cette nécessité est comprise, ou, du moins, sentie, si non toujours nettement avouée, des systèmes d'élaboration scientifique du droit, qu'il nous restera à examiner (chapitres cinquième [X] à huitième [XIII]).

CHAPITRE QUATRIÈME (IX)

LA CONCEPTION SOCIOLOGIQUE ÉLARGIE CHEZ M. HAURIOU

SOMMAIRE : **87**. Mouvement d'idées auquel se rattache la conception sociologique de M. HAURIOU. — **88**. Attitude générale de M. HAURIOU, à la fois sociologue et juriste. — **89**. Sa position propre en face de l'École sociologique. Sa méthode. — **90**. Résultats positifs de l'effort scientifique de M. HAURIOU. — **91**. Essai d'appréciation critique de l'œuvre de M. HAURIOU.

87. — Mais, avant d'aborder de nouveaux points de vue, je ne voudrais pas quitter le domaine de la sociologie, — envisagée dans sa contribution à l'élaboration scientifique du droit positif[1], — sans mentionner encore — et à part, comme il le mérite, — un effort important, manifestement suggéré par la foi à une véritable science sociale, et qui, tout en échappant aux excès de l'École sociologique, a su montrer, au mieux, la fécondité des directions qu'il conservait communes avec elle. Je veux dire l'effort, à la fois très personnel et très puissant, de M. HAURIOU.

---

1. Je laisse à part — comme étrangers à l'objectif propre du présent ouvrage — les nombreux travaux d'ordre sociologique, qui visent plutôt une description ou une critique du conditionnement de la vie en société qu'une élaboration des institutions juridiques à proprement parler. C'est pourquoi je ne dirai rien, par exemple, des écoles, dites de *la réforme sociale* ou de *la science sociale*, si vigoureusement constituées par les travaux de LE PLAY, DEMOLINS, DE TOURVILLE et autres, et si intéressantes, par ailleurs.

L'œuvre de M. Hauriou plonge, par ses racines les plus profondes, dans un mouvement d'idées, fort antérieur aux travaux de Durkheim, voire même d'Espinas, de tendances à la fois plus larges et plus vagues, qui semble s'être développé, — sous l'influence principale de la philosophie d'H. Spencer, alors récemment vulgarisée en France [1], — parallèlement à des inquiétudes analogues ressenties en d'autres milieux pensants [2], — chez les jurisconsultes, dont s'achevait la formation entre les années 1880 et 1890 [3].

Ce mouvement tendait, d'une façon générale, à fusionner le droit et la science des sociétés, plus précisément à tirer de celle-ci, dont on commençait à soupçonner la richesse féconde, des conclusions utiles pour vivifier et rajeunir l'organisation juridique, par le moyen surtout de ces branches, encore peu explorées, que l'on sentait alors pleines d'avenir, les disciplines politiques et économiques. *Droit et sociologie*, telle était la devise, généralement adoptée pour désigner le programme, qu'on était d'accord

---

1. Notamment par les traductions de M. E. Cazelles : *Les premiers principes*, Paris, 1871. — *Principes de sociologie*, Paris, 1878-1887. — *Adde*, sur les traductions françaises des principales œuvres d'H. Spencer : Fr. Geny, *Science et technique*, t. I, Paris, 1914, p. 88, note 2 (n° **29**).

2. Comp. par exemple : P. Bourget (*Eugène-Melchior de Vogüé*), dans *Revue des deux mondes*, numéro du 15 janvier 1912, sixième période, t. VII, p. 258-259. — V. Giraud (*M. Paul Bourget*), dans *Revue des deux mondes*, numéro du 15 février 1911, sixième période, t. I, p. 831 et numéro du 1er mars 1911, sixième période, t. II, p. 92-95, p. 99-100. — Voy. notamment la lettre de P. Bourget à Charles Ritter, du 13 mai 1902, citée par V. Giraud, *Les maitres de l'heure*, t. I, Paris, 1911, p. 306, note 1. — *Adde* : V. Giraud, *Le bilan de la génération littéraire de 1870*, dans *Les maîtres de l'heure*, t. II, Paris, 1914, p. 313-342.

3. On peut, je crois, considérer que ce mouvement d'idées a eu ses représentants les plus marquants dans la nombreuse et brillante promotion d'agrégés des Facultés de droit, issue du concours de 1882. Et ses foyers principaux paraissent, durant quelque temps, du moins, s'être concentrés à Bordeaux et à Toulouse.

à formuler, sur la réalisation duquel se manifestaient seulement les divergences [1].

A vrai dire, ceux qui ne craignaient pas de l'aborder en face procédèrent, tout d'abord, par essais, par coups de sonde, ramenant parfois des conclusions téméraires, qu'ils devaient, par la suite, rectifier, sinon renverser entièrement [2]. En effet, après les tâtonnements du premier effort, après cette période d'agitation confuse et d'enthousiasme décevant, quelques-uns s'orientèrent vers des directions mieux tracées : celui-ci restant fidèle à la construction aventurée d'H. SPENCER [3]; celui-là inclinant vers un déterminisme plus strictement sociologique [4]; tel autre

---

1. Voy. notamment : H. SAINT-MARC, *Droit et sociologie*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, N. S., t. XVII, p. 50-64 (article tout à fait symptomatique de la direction d'idées indiquée au texte et écrit en 1883 : voy. *ibid.*, p. 64, note 1). — E. DURKHEIM, *Cours de science sociale* (Leçon d'ouverture à la Faculté de Bordeaux), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1888-1°, t. XV, p. 23-48, surtout p. 40, p. 42-43, p. 47. — L. DUGUIT, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, *ibid.*, 1889-2°, t. XVIII, p. 484-505. - Ch. TURGEON, *L'enseignement des Facultés de droit de 1879 à 1889*, *ibid.*, 1890-1°, t. XIX, p. 274-312. — R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, *ibid.*, 1890-1°, t. XIX, p. 482-503. - F. DESPAGNET, *La fonction sociale des Facultés de droit*, *ibid.*, 1891-1°, t. XXI, p. 533-560 et 1891-2°, t. XXII, p. 1-24. — M. HAURIOU, *Les facultés de droit et la sociologie*, dans *Revue générale du droit*, 1893, t. XVII, p. 289-295. - *Adde*, encore plus tard : R. SALEILLES, *Les rapports du droit et de la sociologie* (conférence à l'École des hautes études sociales), *ibid.*, 1904-2°, t. XLVIII, p. 420-432. — M. VAUTHIER, *Droit et sociologie*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1909, deuxième série, t. XI, p. 163-179.

2. Voy. par exemple, pour ce qui touche L. DUGUIT, ce qui sera dit ci-après, n° **116**.

3. Voy. notamment le singulier paragraphe (n° 3 *bis*), — dû à M. H. MONNIER, — qui a figuré en quelques éditions du *Précis de droit civil*, de G. BAUDRY-LACANTINERIE, par exemple : 7e éd., t. I, Paris, 1899, p. 2-4. — Ce paragraphe, étranger aux premières éditions du *Précis*, y a de nouveau disparu depuis la 8e éd., t. I, 1902, p. 2-3. — On y lisait cette phrase caractéristique : « La loi morale est la loi sous laquelle l'individu s'adapte parfaitement au milieu social ».

4. Telle était, par exemple, l'inclination d'Ed. GAUCKLER, sur lequel voy. ce qui a été dit plus haut, p. 57, note 2 (n° **81**). — *Adde* :

trouvant sa voie dans les vues nouvellement ouvertes par ESPINAS et DURKHEIM[1]. Toutes ces solutions offraient, d'ailleurs, ce défaut commun, de laisser perdre, avec l'originalité même du mouvement spontané qu'elles prétendaient clore, la souplesse de jeu et la fécondité de résultats qu'on avait pu primitivement s'en promettre.

Un homme, pourtant, avait surgi, qui parut, à quelque moment, capable d'animer et de concentrer vers un objectif, en même temps plein et vrai, les aspirations communes, encore confuses, qui rapprochaient le droit de la science sociale : G. TARDE, dont les travaux obtinrent, à leur apparition, un si légitime succès[2]. Mais TARDE était trop dilettante ; et, quoique praticien de profession (longtemps magistrat), il n'avait pas le tempérament juriste, il sacrifiait trop aisément les réalités de la vie du droit aux considérations d'une ingénieuse psychologie. Son œuvre piqua la curiosité; elle excita et intéressa les esprits ; il ne semble pas qu'elle ait abouti à un

---

Ed. GAUCKLER, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1892, nouvelle série, t. XXI, p. 604-608 (*Les tendances nouvelles du droit pénal et le troisième congrès d'anthropologie*, Bruxelles, août 1892).

1. Voy. par exemple, en ce qui concerne l'œuvre définitive de L. DUGUIT : ci-après, en cette seconde partie, chapitre septième (XII), nos **115-133**.

2. Voy. notamment : G. TARDE, *La criminalité comparée*, Paris, 1886. — *Les lois de l'imitation*. Étude sociologique, Paris, 1890. — *La philosophie pénale*, Paris, 1890. — *Etudes pénales et sociales*, Paris et Lyon, 1892. — *Les transformations du droit*. Étude sociologique, Paris et Lyon, 1892. — *La logique sociale*, Paris, 1894. — *Essais et mélanges sociologiques*, Paris et Lyon, 1895. — *L'opposition universelle*. Essai d'une théorie des contraires, Paris, 1897. — *Études de psychologie sociale*, Paris, 1898. — *Les lois sociales*. Esquisse d'une sociologie, Paris, 1898. — *Les transformations du pouvoir*, Paris, 1899. — *L'opinion et la foule*, Paris, 1901. — *Psychologie économique*, 2 vol., Paris, 1901. — Voy., comme exemple de la critique extrêmement favorable à ces études : Ed. GAUCKLER (sur *Les transformations du droit*), dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1893, t. XVII, p. 382-387.

système d'ensemble, bien lié et assimilable, qui pût assurer le droit sur des bases sociologiques fermes.

Toutefois, l'état d'âme, — qui expliquait cet important mouvement d'idées, — fait à la fois de curiosité scientifique, d'inquiétude morale, du désir intense de traduire en des préceptes objectifs l'ordre nécessaire à la vie de la société, et accompagné d'un sentiment profond des exigences propres de la discipline juridique, — a conservé un représentant éminent, que sa vigoureuse originalité préservait des systèmes tout faits ou des généralisations hâtives; et c'est précisément M. Hauriou.

88. — Ce qui frappe, tout d'abord, quand on tente de pénétrer cette forte personnalité et d'en révéler les richesses, c'est qu'il est vraiment impossible de l'enfermer dans un cadre nettement saisissable à l'esprit. Elle est faite de trop d'éléments, nuancée de trop de teintes, compliquée de trop d'enchevêtrements et de combinaisons. Elle a gardé l'attitude d'expectative avide et flottante, qui marquait la période de ses débuts, tout en recueillant les échos des conceptions les plus décidées et les plus fermes, qui se soient affirmées par la suite.

Pareil à un poste récepteur de télégraphie sans fil, l'esprit de M. Hauriou saisit toutes les ondes, qui traversent l'atmosphère intellectuelle et cherche, au milieu de leurs contradictions et de leurs croisements, à serrer, de plus en plus près, le sens de la vie; mais son effort est constamment entravé par de nouveaux afflux, qui remettent sans cesse en question ce qui pouvait sembler acquis. On a pu comparer aussi son travail à une photographie composite, où le portrait définitif n'arrive pas à se dégager des images incessamment superposées[1]. De là, pour ceux qui voudraient se le représenter sous les formes

---

1. G. Platon, *Pour le droit naturel* (à propos du livre de M. Hauriou, *Les principes du droit public*), Paris, 1911, p. 8; comp. p. 7.

usuelles, un embarras, qu'ils ne peuvent vaincre qu'en le dépouillant de sa plus profonde originalité.

Un trait apparaît pourtant particulièrement net et remarquable chez HAURIOU ; c'est qu'il réunit en lui comme deux activités intellectuelles, qui, bien que profondément distinctes, cherchent à s'aider, à se compléter, voire à se compénétrer. — D'une part, en tant que philosophe et sociologue, il tâche à découvrir tous les ressorts sociaux qu'il disjoint, qu'il démonte, qu'il isole, dont il essaie de reconstituer l'agencement et de décrire le fonctionnement. Il a même tenté, à cet égard, une synthèse très osée et de haute allure[1]. D'autre part, il demeure profondément juriste et, à ce titre, il a su, avec une délicatesse de touche infinie, dégager les intérêts en conflit, les évaluer, les mettre en balance, relever point par point les progrès de la législation et de la jurisprudence administratives, voire parfois en prévoir les évolutions futures; les nombreuses et savantes notes, qu'il a données depuis 1892 au *Recueil des lois et arrêts* de SIREY, témoignent, en ce sens, d'une maîtrise incomparable. — Sans vouloir ici ni la contrôler, ni m'y associer sans explications, je constate que l'opinion générale porte une appréciation très différente sur ces deux directions de travail suivies par M. HAURIOU. On est d'accord pour louer, franchement et sans contestation, ses études proprement juridiques, surtout quand, placées en face des faits, elles leur adaptent les règles les plus minutieuses, qui composent notre droit administratif[2].

---

1. M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896. — *Adde : Leçons sur le mouvement social*, données à Toulouse en 1898, Paris, 1899. Comp. la controverse, suscitée par ce dernier ouvrage, entre MM H. BOUASSE (*Physique et métaphores*. A propos d'un livre récent) et M. HAURIOU (Réponse à l'article de M. Bouasse), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1899, t. VII, p. 226-241 et p. 347-351. — M. HAURIOU, *Philosophie du droit et science sociale*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1899-2°, t. XII, p. 462-476.

2. Il convient d'ajouter que M. HAURIOU a su former des élèves, qui ont parfois donné de nouveaux développements à certaines doctrines, dont

Nombre de critiques, au contraire, font les plus expresses réserves sur le mérite de ses théories proprement sociologiques, qui, dans l'ensemble, paraissent avoir rencontré peu d'adhésions [1]. — Quant à lui, il prétend bien maintenir étroitement conjugués ses efforts dans l'un et l'autre sens. Les œuvres capitales, où il présente les résultats d'ensemble de ses études, le *Précis de droit administratif et de droit public* [2], les *Principes de droit public* [3], — bientôt sans doute

---

ils trouvaient le germe dans les travaux du maître. — Voy. par exemple : A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité*, thèse de doctorat. Droit. Paris, 1898-*1899*, notamment p. 12, note 1, p. 142-143, p. 208-209, p. 245, note 2. — J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse de doct. Droit, Toulouse, 1898, notamment préface, p. IV-V. — L. POLIER et R. DE MARANS, *Esquisse d'une théorie des États composés*, Toulouse, 1902. — G. DE BEZIN, *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative*, thèse de doctorat. Droit, Toulouse, 1905-*1906*. — M. HAURIOU et G. DE BEZIN, *La déclaration de volonté dans le droit administratif français*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 543 586. — L. RIGAUD, *Le droit réel*. Histoire et théorie. Son origine institutionnelle, thèse de doctorat. Droit, Toulouse, 1911-*1912*. — Et comp., comme une sorte de suite à l'ouvrage qui précède : L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, thèse de doctorat. Sciences politiques et économiques, Toulouse, 1913-*1914*. — Sur ces derniers ouvrages, voy. M. HAURIOU, *A propos des droits réels administratifs*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1914, t. XXXVIII, p. 334-338.

1. Voy. notamment : P. AUBRY, *Essais de critique philosophique*. I. *La philosophie de* M HAURIOU, dans *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, janvier-juin 1911, t. V, Paris et Marseille, 1912, p. 3-15. — L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912 (appendice II), p. 188-191. — Voy. encore G. JÈZE, dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 181 *in fine*. — A noter que M. HAURIOU déclare lui-même que son ouvrage, *La science sociale traditionnelle*, est resté jusqu'ici en marge de la science officielle « parce que », dit-il, « il n'est pas moniste » (*Recueil de législation de Toulouse*, 1911, deuxième série, t. VII, p. 38, note 2). — Comp., dans *Revue du droit public*, 1899-2°, t. XII, p. 471 et *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 14, note 2.

2. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, huit éditions constamment remaniées de 1892 à 1914.

3. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910.

aussi le *Précis de droit constitutionnel* [1], nous offrent des solutions strictement juridiques, encadrées et comme fondues au milieu de considérations sociales de la plus haute portée. Et cette compénétration intime de la spéculation sociale et du droit apparaît mieux en relief encore en certains travaux plus menus, où une critique de droit très précise, tantôt se trouve soudée à de larges aperçus sociologiques [2], tantôt même remonte comme instinctivement aux sommets les plus nébuleux de la philosophie générale [3].

A mes yeux, c'est précisément ce dualisme de tempérament, ce sont ces combinaisons perpétuellement tentées entre le droit positif et la science sociale, qui rendent éminemment précieux l'effort propre d'HAURIOU et lui font une situation à part dans notre étude. A vrai dire même, et à cette place du moins [4], le subtil et délié juriste me paraît, chez lui, moins intéressant que le sociologue s'efforçant de trouver au droit positif la base première, qui, seule, donne prise à une élaboration vraiment scientifique [5].

---

1. Ouvrage qu'il semble permis d'espérer prochainement des efforts du savant doyen.

2. Voy., par exemple : M. HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, deuxième série, t. I, p. 1-98 et 1907, deuxième série, t. III, p. 149-191. — *L'institution et le droit statutaire, ibid.*, 1906, deuxième série, t. II, p. 134-142. — *La souveraineté nationale, ibid.*, 1912, t. VIII, p. 1-154. — Voy. aussi : *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif, Paris, 1899, notamment, p. 7, p. 67-71 et p. 97.

3. C'est ce qu'on observera particulièrement dans les critiques de l'œuvre de L. DUGUIT, par M. HAURIOU : Compte rendu (en collaboration avec A. MESTRE) de *L'État, le droit objectif et la loi positive*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1°, t. XVII, p. 346-366 ; — et *Les idées de M. Duguit*, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, deuxième série t. VII, p. 1-40.

4. Nous pourrons avoir l'occasion de retrouver la méthode *juridique* de M. HAURIOU dans la troisième partie de ce travail, consacrée à l'élaboration technique du droit.

5. Comp. ci dessus : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II. seconde partie, Paris, 1915, p. 1-2 (n° **68**). *Adde :* nos **69-71**, p. 4-20.

89. — Or, considéré sous cet angle, M. Hauriou nous apparaît, dans sa méthode et ses principes, franchement indépendant de tout système préconçu, et notamment séparé de l'École sociologique par plusieurs marques essentielles : — α) Ses procédés de recherche sont moins rigides que ceux de M. E. Durkheim; il a mieux vu l'impossibilité, où nous sommes, d'isoler absolument et de spécifier, *ne varientur*, les phénomènes sociaux[1]. — β) Il est aussi moins exclusif et sent bien la nécessité de chercher ailleurs que dans le *complexus* social lui-même les fins universelles de l'humanité[2]; pour lui, la sociologie ne semble pouvoir fournir à l'action que des *fins intermédiaires*[3]. — γ) Il a pourtant une grande confiance dans la science et paraît disposé à écarter le secours des forces obscures, telles que l'intuition ou la croyance individuelles, comme n'étant valables qu'en un autre domaine et devant, par suite, lui être réservées[4]; en cela, d'ailleurs, ils se rapprocherait plutôt de l'École sociologique de Durkheim[5]. — δ) Mais il s'en éloigne à nouveau, quand il ne recule pas à trouver dans les faits, que lui révèle l'observation scientifique, le principe de véritables normes de conduite, qui puissent inspirer ou modifier, suivant les cas, les préceptes juridiques[6].

---

1. M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896. — *Leçons sur le mouvement social*, Paris, 1899. — Comp. ci-dessus, p. 81-83 (n° **86**).

2. Comp. ci-dessus, p. 83-84 (n° **86**).

3. Rappr. ce qui a été dit ci-dessus, p. 44-48 (n° **77**). Et voy. ce qui sera indiqué plus loin des résultats de la méthode de M. Hauriou : n^os **90-91**.

4. Cette tendance me paraît résulter de l'ensemble de l'œuvre d'Hauriou. — Voy. pourtant : *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896, p. 29-35, en observant que le concours de la révélation traditionnelle n'est présenté là que comme fournissant, à côté de l'évidence individuelle, un critérium d'évidence collective. — *Adde* : *Leçons sur le mouvement social*, Paris, 1899, p. 138 (I).

5. Comp. ci-dessus, p. 85-86 (n° **86**).

6. Voy. notamment : M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*,

Au surplus, M. HAURIOU occupe, comme juriste sociologue, une position très personnelle, qui s'est affirmée en maints passages de ses travaux et qui, seule, peut donner la clef de son œuvre si complexe : — *a*) Tout en ayant la plus grande confiance en la sociologie, il sait mesurer sa portée. Et, prenant en exemple la biologie, qui ne prétend pas découvrir absolument toutes les lois de la vie, « il serait bon », dit-il, « que la sociologie prît la même attitude. Qu'elle accepte donc la définition qu'on lui a conseillée, qu'elle s'intitule modestement la science des faits sociaux et qu'elle limite son ambition à la découverte des lois qu'elle pourra découvrir. — De cette façon, elle fera tout autant de besogne et n'offusquera personne »[1]. En tout cas, il répète avec insistance que « le système de la science sociale positive n'est pas encore complet » et, qu' « en attendant qu'il le soit, il serait conforme au véritable esprit scientifique de se tenir sur la réserve »[2]. — *b*) D'autre part, la sociologie n'est pour lui qu'un instrument au service du droit, dont l'essence lui paraît supérieure. « Je me garderai bien », proclame-t-il, « de prétendre... que la science sociale ait la même valeur que le droit ou la philosophie du droit. Ceux-ci sont des éléments de vie, la science n'est que connaissance pure. Or, à l'encontre de Nietzsche, j'estime que la vie passe avant la connaissance. Seulement, la vie peut utiliser la connaissance. Le droit peut tirer parti de la science sociale... »[3]. Et ailleurs : « Or, le droit est un

---

Paris, 1896, p. 28. Le problème de la conduite, p. 165-186. Conclusions pratiques (de la théorie du progrès), p. 257-259. Conclusion (de tout l'ouvrage). p. 407-409. — *Adde : Principes de droit public*. Paris, 1910, p. 62.

1. M. HAURIOU *(Les facultés de droit et la sociologie)*, dans *Revue générale du droit*. 1893, t. XVII, p. 293-294.

2. M. HAURIOU *(Les deux réalismes)*, dans *Recueil de législation de Toulouse*. 1912, deuxième série, t. VIII. p. 414.

3. M. HAURIOU *(Philosophie du droit et science sociale)*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1899-2°, t. XII, p. 476.

art.... Le droit utilisera la sociologie comme il a utilisé l'économie politique, elle sera pour lui une science auxiliaire, elle ne le dirigera pas. — Il ne faut pas exagérer l'importance de la science, elle est moins éminente que l'art. Elle nous apprend comme nous vivons, mais c'est de l'art que nous vivons. Or, *primum vivere*. Qui sait même si l'art ne nous conduit pas plus près de la vérité que la science?... » [1]. — *c*) Mais la science sociale, a, pour le juriste, cet avantage précieux de le cantonner aux faits et de le garer des constructions théoriques bâties en l'air. Tel est le réalisme vrai, qu'HAURIOU s'applique à poursuivre sans dévier [2]. « J'ai le grand souci que les théories ne dépassent jamais les faits : elles ne doivent pas être la manifestation d'un système philosophique ou social, mais seulement l'organisation de réalités positives » [3]. En effet, « n'est-ce pas une loi de l'histoire des doctrines, que les théories juridiques d'un système social donné ne s'élaborent que bien longtemps après l'achèvement pratique du système? Boiteuse comme la justice, la théorie suit de loin les faits. D'ailleurs, elle ne peut se construire que lorsque tous les faits ont été produits, tassés et classés » [4]. — *d*) En même temps, et comme par un prolongement de l'idée qui précède, « une science du droit véritablement positive, c'est-à-dire excluant toute préoccupation métaphysique d'unité logique, doit savoir se contenter de

1. M HAURIOU (*Les facultés de droit et la sociologie*), dans *Revue générale du droit*, 1893, t. XVII, p. 294.

2. Voy. notamment : M. HAURIOU (*Les deux réalismes*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, deuxième série, t. VIII, p. 409-417. — *Adde* : M. HAURIOU (*Les éléments du contentieux*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, deuxième série, t. I, p. 2-5, notamment p. 4 : « les principes ne sauraient être que des synthèses de fait ».

3. M. HAURIOU (*La déclaration de volonté dans le droit administratif français*, article publié en collaboration avec G. DE BEZIN), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 560-561, à la note (signée M. H.).

4. M. HAURIOU (*La souveraineté nationale*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, deuxième série, t. VIII, p. 3.

l'unité pratique que réalisent les institutions sociales »[1]. Sous une autre forme, « le droit n'est pas un système logique, mais un appareil vital dans lequel se produisent des combinaisons pratiques. Le droit est la conformité à l'ordre et l'ordre, même idéal, est une donnée pratique; le droit est la discipline de la paix sociale et la paix sociale est une donnée pratique »[2]. Par conséquent, le juriste sociologue ne doit pas seulement se dégager de toute idée préconçue sur le système général de droit[3]. Il doit moins chercher à édifier des théories logiques, quelles qu'elles soient, qu'à relever les synthèses pratiques d'un certain nombre d'éléments contribuant à l'objet en vue[4]. Ainsi, un point de vue « essentiellement pluraliste »[5], qui répond à une des idées fondamentales de la philosophie d'HAURIOU[6], vient compléter le point de vue réaliste, qui lui servait de point de départ, et, limitant son effort, lui assure un champ d'application indéfini en face de la vie juridique. Celle-ci s'est constituée d'elle-même, et il ne s'agit que d'en améliorer les aménagements par une vue plus profonde des choses. Aussi HAURIOU nous dit-il encore, pour achever de préciser son attitude : « Il ne faut pas du nouveau, mais seulement du vieux neuf »[7].

Appuyé sur ces postulats, M. HAURIOU suit, à peu près constamment dans ses travaux juridiques, — dont les études de science sociale ne sont pour lui que les préliminaires, — une méthode aussi simple que précise. Il nous en a par-

---

1. M. HAURIOU (*Les deux réalismes*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, deuxième série, t. VIII, p. 414. — *Adde :* p. 416.
2. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 8e éd., Paris, 1914, Préface, p. VII.
3. Comp. M. HAURIOU (*La souveraineté nationale*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, deuxième série, t. VIII, p. 4-5.
4. Voy. par exemple : M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910, Préface, p. VIII-IX. — Comp. plus loin, p. 60.
5. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910, Préface, p. X.
6. Voy. ce qui sera dit ci-après, p. 100-101 (n° **90**).
7. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 6.

fois tracé lui-même les grandes lignes [1] ; mais elle se dégage mieux encore de l'ensemble de son œuvre et se ramène essentiellement aux traits suivants : faire abstraction de tout système préconçu et accepter d'avance tous les éléments que nous offre la vie réelle du droit ; — étudier le droit dans les faits, donc historiquement, par l'observation, soit des réalités sociales, soit des théories qui s'y sont incorporées et ont été ainsi éprouvées, souvent même corrigées, par la vie ; — distinguer, grâce à l'analyse, les faits, tant de l'ordre politique, économique ou social, que de l'ordre proprement juridique [2] ; — séparer également, sous les mêmes points de vue, les synthèses, au moyen desquelles s'agglutinent les faits, pour fournir des directions à la pratique ; — conclure de ce qui est ainsi constaté à ce qui doit être et admettre toutes les forces sociales comme légitimées à se traduire en institutions ou en préceptes juridiques.

90. Mais encore, à quels résultats positifs, avec ses vues générales et sa méthode, M. Hauriou a-t-il abouti dans le domaine propre où nous contient ce moment de notre étude [3] ? Quelles données objectives de l'ordre juridique, susceptibles, comme telles, de servir de base scientifique à l'élaboration du droit, ressortent de ses investigations ? — On se sent fort embarrassé pour répondre à la question ainsi posée. Car, si les développements de notre éminent collègue de Toulouse sont riches, souples,

---

1. Notamment dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, deuxième série, t. VIII, p. 4-12 (*La souveraineté nationale*, début). — *Adde : Précis de droit administratif et de droit public*, 8e éd., Paris, 1914, Préface, p. v-vi.

2. Voy. notamment, à cet égard : M. Hauriou, art. *Décentralisation*, dans *Répertoire du droit administratif* de L. Béquet, t. IX, Paris, 1891, p. 471-490 ; — et (*Éléments du contentieux*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, deuxième série, t. I, p. 10-12.

3. Comp. ci-dessus : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, seconde partie, Paris, 1915, nos **68-71**, p. 8-20.

variés, suggestifs, si nombre d'éléments de la vie psychologique, morale et sociale, s'y trouvent ingénieusement relevés, si lui-même excelle à saisir au vol les effluves les plus subtils de la pensée, aussi bien qu'à analyser les mille nuances du sentiment ou à découvrir les inflexions mobiles de l'intérêt, on ne voit que bien confusément des directions générales saillir de ce prestigieux effort intellectuel, encore moins semble-t-on pouvoir arriver à harmoniser et agencer dans une construction d'ensemble les solutions qui se dégagent en meilleur relief de toutes ces études. — Il convient de noter aussi que M. Hauriou a appliqué toute son attention au droit public et administratif. Et, bien qu'il l'ait envisagé d'assez haut pour le comprendre dans un domaine plus général, ses conclusions sont demeurées influencées par les exigences particulières de son objet. — Malgré tout, il reste possible, en ne considérant ici que les sommets émergents d'une œuvre aussi pleine, aussi complexe, aussi féconde, de signaler quelques courants d'idées assez nets, où s'est canalisée l'activité scientifique de M. Hauriou.

Ses directions philosophiques ont paru généralement nébuleuses. La vérité est qu'elles n'apparaissent guère que par leurs côtés négatifs, la préoccupation constante d'Hauriou étant d'écarter tout système philosophique, qui enchaînerait la pensée et limiterait *a priori* la fécondité des observations sociales [1]. C'est à ce titre surtout qu'il a combattu énergiquement le phénoménisme universel, le déterminisme moral absolu négateur de toute liberté [2], le monisme intégral appuyé à l'évolution unilinéaire, toutes conceptions qu'il rassemblait sous l'étiquette, quelque peu contestable, de positivisme scientifique [3]. — A ce « positi-

1. Voy. notamment : M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896, p. 3.

2. Cons. ici M. Hauriou (*Philosophie du droit et science sociale*), dans *Revue du droit public*, 1899-2°, t. XII, p. 462.

3. Voy. notamment : M. Hauriou et A. Mestre (compte rendu de

visme prétendu scientifique », M. Hauriou oppose un « néo-positivisme », qui conserve les anciennes positions de la philosophie traditionnelle, en les tempérant au moyen des vues plus profondes acquises par la science et la réflexion modernes. En face du monisme, il proclame un dualisme nécessaire, voire même un pluralisme[1] seul capable de rendre pleinement compte des choses. Au lieu du déterminisme unilinéaire, il propose d'admettre, au moins, un déterminisme à séries multiples, qui permette de ménager une place à la spontanéité libre au sein des dépendances naturelles, ou qui sache reconnaître dans la nature de la continuité et de la discontinuité. A côté des phénomènes incessamment changeants, il tient pour indispensables les catégories, telles que celles de l'ordre et du désordre, du licite et de l'illicite, du juste et de l'injuste, avec les postulats de la finalité des êtres et de la liberté des agents dans le choix des moyens[2]. — Et tout cela a pour but, comme pour résultat, de constituer aux recherches sociales un champ d'investigation largement ouvert, où la matière à explorer se présente simplement comme « un ordre de choses composite dont l'unité ne se réalise que par des synthèses pratiques »[3].

Ce n'est donc que d'une science sociale, procédant sans idées préconçues, simplement réaliste et pluraliste par essence, que l'on peut attendre quelques directions posi-

---

L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*), dans *Revue du droit public*, 1902-1°, t. XVII, p. 357-358. — M. Hauriou (*Les idées de M. Duguit*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, deuxième série, t. VII, p. 15-16.

1. Comp. M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, préface, p. x.

2. M. Hauriou et A. Mestre, dans *Revue du droit public*, 1902-1°, t. XVII, p. 358-359. — M. Hauriou, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, deuxième série, t. VII, p. 16-20.

3. M. Hauriou, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, deuxième série, t. VII, p. 15. — *Adde : ibid.*, p. 20; et M. Hauriou et A. Mestre, dans *Revue du droit public*, 1902-1°, t. XVII, p. 359.

tives, susceptibles de préparer l'œuvre plus minutieuse et plus précise de l'investigation proprement juridique[1]. De ces directions sociologiques, M. HAURIOU nous a fait entrevoir les plus notables, dans une synthèse organisée sur la base des données traditionnelles[2]. — Il commence par définir la matière sociale constituée par le groupement concilié avec l'individualité du moi dans un sentiment qui renforce leur objectivité[3]. Cette matière baigne dans une sorte d'espace (espace social), dont les éléments principaux sont l'espèce et la race, le langage, le crédit, tous recélant des énergies et des mémoires, et soumis à une répétition universelle, qui, sous les formes de la génération, de l'imitation, de l'échange et de la capitalisation, en conditionne les développements[4]. A côté de l'espace social, s'offrent à nous les tissus sociaux, qu'on peut distinguer au nombre de trois : le tissu positif, famille, propriété, division en castes et en classes, opinion ; le tissu métaphysique ou étatique, qui est proprement le droit ; le tissu religieux, culte, dogme, sacerdoce ; et, dans chacun d'eux l'analyse fait reconnaître trois éléments séparés : la matière du tissu, constituée de rapports sociaux ; une énergie propre, qui s'appelle le pouvoir ; une organisation ou structure[5]. Du tissu social, sous ses formes diverses, il faut soigneusement distinguer l'unité politique, qui se présente comme une réaction des similitudes contre les différences, spécialement contre la division du travail, se réalise dans l'État et trouve son organe dans le gouver-

---

1. Comp. M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896, p. 25-27. — *Adde :* p. 27-42.

2. M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896. — Voy. notamment la préface.

3. M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896, chapitre préliminaire, section I, p. 1-24.

4. M. HAURIOU, *op. cit. : La matière sociale*, chap. I, p. 261-293.

5. M. HAURIOU, *op. cit. : La matière sociale*, chap. II, sect. II-III, p. 301-360.

nement investi de l'autorité publique[1]. Et, toutes ces forces sociales, qui s'opposent, se croisent et s'entrechoquent, sont entraînées dans un mouvement, que notre auteur a tenté, non sans quelque imprudente témérité, d'interpréter par des analogies tirées des sciences physiques et mécaniques[2]. — Au surplus, l'effort capital des recherches sociologiques de M. Hauriou semble avoir porté sur la construction d'une théorie du progrès[3]. Il définit celui-ci « l'accroissement du donné social » et l'envisage séparément, soit en tant qu'il se produit extérieurement, soit en tant qu'il dépend des sentiments, des conceptions et des volitions de l'homme[4]. Sous le premier aspect, il s'agit de reconnaître les éléments objectifs du progrès, qui se peuvent ramener à la triple formule : fraternité, liberté, égalité; la première représentant l'accroissement du groupe humain, des rapports sociaux et de la solidarité, la deuxième, le progrès de l'individualité humaine et de la raison, la troisième, la conciliation entre l'individu humain et le groupe, telle qu'elle se réalise objectivement par l'établissement progressif de l'égalité de pouvoir, le tout s'érigeant en un triomphe général de l'esprit[5]. Sous son second aspect, la théorie du progrès met en jeu tout le problème de la conduite, qui implique la conception du bonheur, la distinction du bien et du mal, et conduit à l'organisation de deux grands systèmes de règles, la morale et le droit. Certaines contradictions, incluses en ce problème, ne semblent se résoudre que par la notion de sacrifice, qu'ap-

1. M. Hauriou, *op. cit. : La matière sociale*, chap. II, sect. I, p. 295-300 et chap. III, p. 361-406.
2. M. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, Paris, 1899.
3. M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1896, *La théorie du progrès*, p. 43-259. — Conclusion, p. 407-409.
4. M Hauriou, *op. cit. : La théorie du progrès*, chap. I, sect. préliminaire, p. 43-48
5. M. Hauriou, *op. cit. : La théorie du progrès*, chap. I, sect. I-IV, p. 49-153.

puient, d'ailleurs, quelques solutions traditionnelles (chute — rédemption). En face de la lutte pour la vie, le sacrifice crée les institutions, par où le progrès apparaît finalement comme une forme du salut[1]. Et son évolution historique achève de nous suggérer la direction à poursuivre[2].

Toutes ces considérations — infiniment vagues et flottantes, dans leur forme sociologique originaire[3] — ne se préciseront et n'acquerront quelque valeur « principielle », qu'en s'adaptant aux mille questions, soulevées par la vie juridique; et, placé en face de celle-ci, M. Hauriou saura les retrouver, à leur place, et les développer dans le sens du but à atteindre. Plus il se rapprochera des réalités, mieux celles-ci éclaireront les préceptes employés pour les régir et leur prêteront une enveloppe concrète, qui en accentuera la portée. — Ainsi, pour dégager les *Principes du droit public*, il nous expose une série d'observations, puisées au plus intime fonds de la science sociale et qu'il sait grouper autour de quelques manifestations fondamentales de l'organisation juridique moderne : la nation aménagée en régime d'état[4]; — l'institution, sorte d'interprétation d'un organisme social, d'où résulte le droit disciplinaire et le droit statutaire et qui aboutit à un état de choses se traduisant par des droits réels opposables[5]; — le commerce juridique correspondant à l'idée de société économique, avec son expression normale, le

1. M. Hauriou, *op. cit. : La théorie du progrès*, chap. II, p. 154-207. — Comp. M. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, Paris, 1899, sixième leçon, p. 103-132.

2. M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1899 : *La théorie du progrès*, chap. III, p. 208-259.

3. On les retrouve encore, avec un essai de fusion plus intime, dans : M. Hauriou (*Philosophie du droit et science sociale*, II), *Revue du droit public*, 1899-2°, t. XII, p. 471-473.

4. M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, chap. II, p. 70-122.

5. M. Hauriou, *ibid.*, chap. III, p. 123-175.

contrat[1]; — le régime civil[2]; — la personnalité juridique[3]. — Tout cela reste dominé par le point de vue général des équilibres sociaux (notamment équilibres de superposition, équilibre politico-économique, équilibres constitutionnels), où le droit introduit l'idée d'ordre[4], tantôt au moyen de séparations (notamment séparation du gouvernement et de l'administration, séparation de l'individu et de l'État[5]), tantôt, au contraire, par la centralisation (grâce à la loi) et la discipline de l'État[6]. On soupçonne sans peine la richesse exubérante d'un pareil tableau[7], et que les solutions précises des questions

---

1. M. Hauriou, *Principes de droit public,* Paris, 1910, chap. IV et V, p. 176-225.

2. M. Hauriou, *ibid.*, chap. VIII, p. 302-365.

3. M. Hauriou, *ibid.,* chap. XIV, p. 639-693.

4. M. Hauriou, *ibid.*, chap. I. Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre, p. 1-69.

5. M. Hauriou, *ibid.,* chap. IX, p. 366-414, chap. XI et XII, p. 471-594.

6. M. Hauriou, *ibid.*, chap. XIII, p. 595-638 et chap. XV, p. 694-712.

7. A titre d'exemple, particulièrement caractéristique de la manière de M. Hauriou, qu'on lise ce passage du chapitre premier intitulé *Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre* : « Dans nos idées modernes, nous ne concevons plus d'ordre préétabli en matière de structure sociale; nous voulons bien croire qu'il y a une direction déterminée qui serait pour les sociétés le progrès; il y a un idéal social et un ordre des choses qui se forment dans les consciences et qui par elles se relient au nombre des impondérables, mais cet ordre n'est pas préétabli, il se crée, ou du moins nous ne voulons l'envisager qu'en tant qu'il se crée. Nous admettons pratiquement que tout en poursuivant cet idéal, parce qu'elles ne le réalisent jamais complètement, les sociétés vont vers le nouveau et en partie vers l'inconnu. Ce que nous savons de plus clair, c'est qu'elles marchent, c'est-à-dire qu'elle se transforment par des mouvements d'ensemble. La migration des peuples est arrêtée en son sens géographique, les Hindo-Européens ne se pressent plus vers l'ouest, mais le mouvement extérieur s'est mué en un mouvement intérieur et se continue dans les transformations de l'état social. C'est ce mouvement des transformations sociales qu'il importe d'observer et à propos duquel il est nécessaire de reconstituer la notion de l'ordre, car c'est un mouvement d'ensemble, et quelle que soit la direction du mouvement d'ensemble d'une troupe, il est bon que cette troupe marche en ordre. La troupe en ordre de marche, l'*agmen*,

juridiques, qu'il présente, y demeurent comme noyées au milieu des aperçus, infiniment variés et complexes, qui les encadrent [1]. — Si l'on passe au *Précis de droit administratif*, où les problèmes de la vie juridique apparaissent plus nettement posés et tels qu'ils surgissent des situations objectives, le même procédé d'investigation sociologique, discipliné par l'objet considéré et encastré dans un appareil juridique préétabli, donne des résultats plus précis et dont la richesse n'est plus acquise au prix d'un flottement insupportable à la pratique. Les principes sont mélangés aux faits sans être absorbés par eux. Et, si les considérations générales planent encore trop souvent au-dessus des réalités positives, celles-ci, du moins, reçoivent satisfaction au moyen de solutions basées sur une appréciation réfléchie des intérêts en présence [2]. — Les impressions deviennent encore plus favorables, quand nous suivons les études poursuivies par Hauriou sur un point bien déterminé du domaine administratif : par exemple, son travail sur *la gestion administrative*, où l'idée d'une collaboration, voire même d'une société, entre l'Administration et les particuliers, ne sert qu'à fixer une notion restée jusqu'ici quelque peu confuse et dont tous les développements demeurent puisés dans la pratique elle-même [3]; mieux encore,

---

voilà la notion à laquelle nous sommes réduits, et cette notion, toute modeste qu'elle soit, présente encore des utilités évidentes : ... » (M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 6-7). — Voy. encore *ibid.*, p. 61-69, à propos de la question du droit individualiste et du droit social, les développements relatifs à la doctrine du droit naturel et à la thèse fondamentale de L. Duguit, sur la solidarité sociale.

1. Voy. encore : M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, Conclusions sociales, p. 713-716.

2. Cons. et comp. les différentes éditions du *Précis de droit administratif* (*et de droit public*) de M. Hauriou, Paris, 1re éd. 1892. — 8e éd. 1914.

3. M. Hauriou, *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif, Paris, 1899.

la monographie (non terminée), consacrée aux *Éléments du contentieux*, qui, séparant les réalités sociales de leur revêtement juridique, emploie une méthode toute réaliste pour dégager des faits eux-mêmes les caractères spécifiques des litiges, qui mettent en jeu l'activité juridictionnelle du pouvoir[1]. — Enfin, franchissons un degré de plus. Et, arrivons aux travaux par lesquels M. Hauriou s'est placé directement en contact avec la pratique, à ces notes substantielles et pénétrantes du *Recueil* de Sirey, où depuis plus de vingt ans, il suit, pas à pas, la marche de la jurisprudence du Conseil d'État, en constatant les progrès, en organisant le système, parfois en annonçant ou prévoyant les nouveaux développements[2]. Ici, grâce, sans doute, au soutien constant du concret, l'interprétation sociologique, dont les traits restent toujours parfaitement reconnaissables, amène manifestement M. Hauriou aux solutions les plus solides et les plus riches.

91. — Il paraît donc évident, — bien qu'on en ait pu dire[3], — que le système d'idées générales, dont est parti M. Hauriou, n'est pas resté sans action sur ses travaux concrets, et que la science sociale, loin d'être seulement pour lui une sorte de « violon d'Ingres », sert effectivement de base aux plus menues de ses constructions juridiques.

---

1. H. Hauriou, *Les éléments du contentieux*, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, deuxième série, t. I, p. 1-98 et 1907, deuxième série, t. III, p. 149-191.

2. Cons. notamment la table alphabétique des notes sur les arrêts du Conseil d'État, — publiées par M. Hauriou au *Recueil Sirey* de 1892 à 1913, — établie par M. J. Delpech et insérée dans la huitième édition du *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1914, p. 1017-1032.

3. Voy. notamment : L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 188-191 (appendice II). — G. Jèze, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1912, t. XXIX, p. 181, *in fine*.

J'ajoute, qu'en dépit, ou, plutôt peut-être, à cause même, de leur caractère strictement scientifique, ses recherches de sociologie semblent indispensables pour éclairer et expliquer, telle qu'il la comprend, notre pratique administrative[1]. — Au vrai, les études de M. HAURIOU nous présentent, dans leur ensemble indivisible, l'effort, le plus franc, le plus décidé, le plus complet, qui nous ait été donné jusqu'alors, en faveur d'une influence directe et constante de la sociologie sur le droit, ou, si l'on veut, d'une mise en œuvre juridique de la sociologie.

Pourquoi donc — et malgré quelques profits incontestables — le résultat définitif de cet effort ne semble-t-il pas pleinement satisfaisant?

C'est, d'abord, à mon sentiment, que M. HAURIOU ne s'est pas attaché, ou, en tout cas, n'est pas parvenu, à se constituer une doctrine sociologique, cohérente et ferme, reposant sur une méthode assurée. Loin de chercher, à l'exemple d'É. DURKHEIM, à serrer de plus en plus près les réalités sociales, et à les enfermer dans un cadre intellectuel rigide, il s'est toujours complu à les considérer en dilettante, à multiplier autour d'elles les jeux d'ombre et de lumière, à en varier les aspects et les agencements, de façon à les rendre de moins en moins saisissables à l'entendement. Ainsi, il n'est parvenu qu'à une représentation constante de variétés, d'oppositions, de balancements, de destructions réciproques, sans qu'aucune loi nette se dégageât de ces descriptions dépourvues d'unité logique. Et, sans doute, telle est peut-être l'exacte vérité des choses. Mais, ceux qui veulent en tirer des directions pratiques doivent faire intervenir la raison, pour assujettir ce chaos en vue du but à atteindre et rompre la complexité mou-

1. A cet égard, j'ai le regret de me séparer de P. AUBRY (*Essais de critique philosophique. — I. La philosophie de M. Hauriou*), dans *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, janvier-juin 1911, t. V, Paris et Marseille, 1912, p. 3-15.

vante du monde social au moyen de lignes capables d'en redresser les écarts infinis. — Quoi de plus vrai, par exemple, que cette idée, si nettement mise en lumière par M. Hauriou, « que la vie sociale se décompose régulièrement en oppositions suivies de conciliations ou tout au moins de trêves : les transactions commerciales se ramènent à des discussions sur la valeur des choses suivies d'échanges ; la politique, à de violentes luttes de parti suivies de combinaisons ; le droit pratique, à des conflits d'intérêts suivis de compromis, aux luttes judiciaires terminées par des jugements »[1] ? Mais cette vue profonde devient inutile, voire pernicieuse, si elle ne s'accompagne pas d'une recherche des lois sociales, suivant lesquelles se feront les conciliations nécessaires. — M. Hauriou, il est vrai, prétend prendre les réalités (y compris le droit), telles qu'elles sont, et se borner à les modeler au mieux d'après leurs propres tendances. Encore faudrait-il, toutefois, discerner les principes intimes, qu'elles manifestent, et qui, seuls, en commandent la liaison et l'agencement. Tout au rebours, son sentiment intense de la complexité de la vie sociale a paralysé le désir de précision de notre auteur : chez lui, le sociologue a détourné le juriste de sa mission la plus essentielle, qui est d'ordonner impérativement la vie.

Ce défaut s'aggrave du fait que M. Hauriou n'a pas su, dans ses travaux, opérer un départ nécessaire entre la science et la technique. Sans cesse, les considérations artificielles de la jurisprudence se mêlent aux observations prises directement sur la nature sociale. Et, l'on distingue mal, à le suivre, ce que les faits imposent et ce que recommandent les exigences contingentes de la pratique juridique[2].

---

1. M. Hauriou et A. Mestre (compte rendu de L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*), dans *Revue du droit public*, 1902-1°. t. XVII, p. 359. — *Adde :* M. Hauriou (*Les idées de M. Duguit*), dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, *deuxième série*, t. VII, p. 20.

2. Sous ce rapport, j'accepterais partie des observations formulées

Enfin, le vice le plus saillant, de l'œuvre scientifique de M. Hauriou, tient à ce que sa confiance dans les observations sociologiques lui a dérobé l'importance et la nécessité même d'une discipline plus haute, — dût-elle se souder à la métaphysique, — qui révélât ces principes de justice, que les faits demeurent impuissants à fournir [1]. Persuadé, comme Hegel, que tout ce qui est réel est rationnel [2], il ne discute pas les tendances sociales qu'il constate; il cherche seulement à en tenir compte et en faire profit. Par là même, il s'interdit tout jugement personnel et tout moyen de redresser la vie juridique. Dès lors, si poussées qu'aient pu être ses recherches, si fécondes ses vues pénétrantes des choses sociales, elles ne peuvent que montrer, une fois de plus, l'impuissance d'une science, strictement et exclusivement positive, à tracer aux hommes les règles de conduite, qui leur sont indispensables dans le domaine moral ou social.

---

par P. Aubry (*La philosophie de M. Hauriou*), dans *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, janvier-juin 1911, t. V, 1912, p. 9-11, p. 12-13, p. 14-15.

1. C'est aussi la conclusion de l'intéressante étude de G. Platon, *Pour le droit naturel* (A propos du livre de M. Hauriou : *Les principes du droit public*), Paris, 1911, notamment p. 120-125.

2. Comp. E. Scherer (*Hegel et l'hégélianisme*) dans *Revue des deux mondes*, numéro du 15 février 1861, seconde période, t. XXXI, p. 853-854. *Adde* p. 855.

CHAPITRE CINQUIÈME (X)

LE SYSTÈME NÉO-HÉGÉLIEN DE J. KOHLER

SOMMAIRE : **92**. Renaissance de l'hégélianisme. Position originale de J. KOHLER. — **93**. Point de départ du système. — **94**. Philosophie générale de J. KOHLER suivant HEGEL. Ce qui distingue le *néo*-hégélianisme. — **95**. Conception générale du droit d'après J. KOHLER. Le droit, manifestation de la civilisation. — **96**. Défaillances et échec du système de J. KOHLER. — **97**. Conclusions utiles à retenir de ce système.

92. — Les conclusions essentielles du système sociologique, — qui, dans le domaine du droit, tend à constituer une science des phénomènes juridiques, basée principalement sur l'observation et formant un des aspects les mieux caractérisés de la science des mœurs, — semblent aisément conduire à une histoire universelle du droit comparé, qui représenterait comme l'élaboration scientifique la plus pleinement capable de répondre à cette conception. De fait, une contribution notable a été apportée à semblable histoire, depuis quelque soixante ans, par une pléiade de savants, dont la plupart, sans avoir nettement exprimé leurs préférences philosophiques, paraissent, en réalité, se contenter d'un horizon purement positiviste. Toutefois, il est fort remarquable que le jurisconsulte, qui a fourni l'effort le plus vigoureux pour mettre en forme scientifique l'histoire universelle du droit comparé et décidément visé, en même temps qu'à en élargir les bases, à lui donner un cadre ferme et une

allure spécifique[1], M. le professeur J. Kohler, n'ait jamais consenti à l'asseoir sur la base fragile et ruineuse du positivisme juridique.

En effet, aussi bien qu'il pousse jusqu'à leurs plus minutieux détails la description des usages et l'analyse des réglementations sociales chez le plus grand nombre de peuples possible, J. Kohler affirme la nécessité d'une haute et profonde philosophie du droit, se rattachant à une conception d'ensemble de l'Univers (*Weltanschauung*). Et, cette conception, il l'emprunte à l'hypermétaphysique de Hegel, qu'il cherche seulement à rajeunir, en y insérant quelques éléments nouveaux. — Des vues analogues ont inspiré principalement certains travaux de F. Berolzheimer, qui a su construire une majestueuse synthèse du droit et de l'économie, envisagés dans leur développement le plus moderne[2]. Et l'on en retrouve les échos ou les prolongements en diverses études, moins notables, dues visiblement à la même influence[3].

On peut penser qu'il y a là comme un cas curieux de reviviscence de cet enthousiasme hégélien, qui, si puissant qu'il ait été à son heure, semblait bien avoir perdu presque toute sa vigueur dans les milieux intellectuels d'aujourd'hui. En tout cas, nous observons, de ce chef, chez J. Kohler, une attitude si nettement prise, qu'elle demande à être considérée à part, comme exprimant une des directions d'esprit les plus intéressantes, au point de vue de la pensée juridique, pour le moment présent. Il

---

1. Voy. notamment les travaux publiés par J. Kohler dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, depuis sa fondation (1878).

2. F. Berolzheimer, *System der Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 5 vol., München, 1904-1907. — *Adde : Hegel und Kant in der moderner Rechtsphilosophie*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII. p. 1005-1008.

3. Voy. notamment l'*Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, publié, depuis 1907-1908, sous la direction de J. Kohler et de F. Berolzheimer.

s'agit simplement ici de dégager, de l'œuvre immense de ce jurisconsulte, son système de philosophie du droit[1], en tant qu'il paraît offrir à la recherche scientifique des données vraiment objectives, suivant les vues essentielles de cette partie de notre travail[2].

93. — J. Kohler repousse, à la fois, l'idée d'un droit naturel, fixe et immuable, devant rester toujours et partout semblable à lui-même, aussi bien que le plat positivisme, qui s'abandonnerait à l'emprise molle et fuyante des faits ou circonstances, représentant comme le milieu nécessaire de formation de la vie juridique de l'humanité. D'une part, il observe que le droit change avec le temps et suivant les pays. D'autre part, pourtant, il ne peut admettre que ces changements soient aveugles, désordonnés, cahoteux, ni qu'ils échappent à toute préhension de l'esprit. Le droit apparaît donc comme une entité, infiniment variée et muable, mais qui demeure sous l'empire de l'idée, seule capable de le contenir tout entier et de le diriger vers son but[3].

1. Dans l'ensemble considérable des travaux, d'ordres divers, de M. le professeur J. Kohler, sa philosophie du droit ressort surtout des suivants : *Rechtsgeschichte und Universalrechtsgeschichte*, dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 7 Auflage, München, Leipzig, Berlin, 1913, p. 3-62. — *Das Rechtsphilosophie des 20 Jahrhunderts*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 27-34. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin u. Leipzig, 1909, où se trouve exposée *ex professo* la partie strictement philosophique du système. — *Das Problem der Rechtsphilosophie*, résumé substantiel inséré dans *Moderne Rechtsprobleme*, Leipzig, 1907, p. 1-18. — Il convient d'y ajouter des aperçus occasionnels, se rencontrant en des ouvrages, d'objet plus nettement positif, parmi lesquels nous voulons seulement relever : *Das Recht als Kulturerscheinung*, brochure de 29 pages, Würzburg, 1885. — *Die Ideale im Recht*, article publié dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1891, t. V, p. 161-265. — *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1902. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, notamment t. I, 1904.

2. Voy. ci-dessus p. 1-2 (n° **68**) et n^os^ **69-71**, p. 4-20.

3. J. Kohler, dans : *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I,

Pareille conception ne résulte pas de la seule intuition et ne peut, en tout cas, rester simple affaire de croyance, abandonnée, comme telle, à des aspirations mystérieuses et sentimentales. Il faut qu'elle devienne œuvre de science[1], partant, qu'elle s'appuie à une philosophie, capable de satisfaire la raison et de déverser une pleine lumière sur l'intelligibilité du monde.

Or, la seule philosophie, dont on puisse attendre semblables résultats, se traduit dans un idéalisme exaspéré, — issu de ce panthéisme subtil, qui tient le milieu entre le monisme insuffisant et le dualisme menaçant pour l'unité du monde, — que J. Kohler rattache à certaines conceptions de Platon, — dont il découvre mieux encore l'inspiration cachée chez des philosophes indous (Bâdarâyana, Çankara et toute la philosophie du Vedanta), comme chez certains penseurs du moyen âge (Averroès, Ekkehart, les soufis), — mais qui se dégage surtout de l'œuvre magistrale de Hegel, — pour reparaître plus ou moins conscient en certaines conceptions de Schopenhauer, d'Ed. v. Hartmann, de Fr. Nietzsche, — recevoir une expression juridique dans les travaux d'Ad. Lasson[2], — et trouver, de la part des néo-hégéliens, grâce à quelques remaniements et compléments, une adaptation adéquate aux exigences de l'époque présente[3].

1913, §§ 1-3, p. 3-6. — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 28-30. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 1-2 (§ 1) et p. 15-16 (§ 6). — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 2-3. — Voy. aussi dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1907, t. XII, p. 779 (compte rendu de J. Makarewicz, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*).

1. J. Kohler insiste sur ce point. Voy. notamment : *Enzyklopädie*, 7 A., t. I, 1913, p. 7 (§ 4, *in fine*), p. 8-9 (§ 5, *in fine*). — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 31-33. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 2-3 (§ 1, *in fine*).

2. Voy. notamment : Ad. Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1882.

3. J. Kohler, dans : *Enzyklopädie*, 7 A., t. I, 1913, p. 7-8 (§ 5) et § 7, p. 10-14. — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 27-30. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 5-12 (§§ 2-4).

94. — En ce qui touche, d'abord, *la connaissance* du monde et de la vie, — dont la théorie s'impose avant toute autre, — la philosophie de l'identité, base du système hégélien, rompt l'opposition excessive, soulevée par Kant, entre le sujet et l'objet. Suivant cette philosophie, en effet, le moi ne se distingue du non-moi que pour se replonger immédiatement avec lui dans l'ensemble, dont tous deux font partie. De même, les notions de l'espace et du temps ne sont pas de simples modalités de notre esprit, mais représentent des entités réelles, sans lesquelles aucune détermination des choses n'est possible et notre propre corporalité reste inexplicable. Ainsi, la pluralité et l'unité se rejoignent dans la causalité. Et une connaissance du monde apparaît objectivement possible. Cette connaissance n'est pas bornée à la sphère étroite de l'intuition; grâce à la pensée, elle dépasse le cercle du temps et de l'espace, pour pénétrer dans le domaine métaphysique, jusqu'à opérer, au besoin (notamment en mathématiques), avec l'infini. Par là, s'établit le règne suprême de l'idée[1].

Ceci posé, Hegel voit, dans le développement du monde, le résultat d'une pensée logique, se formant par l'opposition de la thèse à l'antithèse et leur conciliation dans la synthèse. Semblablement, l'histoire s'explique par une suite continue d'idées, issues les unes des autres, toujours épurées et améliorées, de façon à unir sans solution le futur au passé et à engendrer dans le monde une vie unique, incessamment progressive. « Quand l'antique s'abîme dans le sein du passé, déjà surgit et nous appelle l'étendard de l'avenir ». Ainsi l'être et le non-être se fondent dans le « devenir ». Par suite, l'idée d'évolution demeure la grande pensée et comme le pivot fondamental

1. Voy. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 8 (§ 5). — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 30-31. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 3-5 (§ 2) et p. 6-7 (§ 3); — et surtout *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 7-12.

de l'hégélianisme, dont les résultats, à cet égard, se rencontrent avec les hypothèses, qu'accepte le plus généralement toute la science contemporaine[1].

Toutefois Hegel, assimilant à tort la pensée immanente de l'Univers à la pensée individuelle de l'homme, a exagéré l'importance de l'élément dialectique ou logique, dans le développement général du monde. Il a trop ignoré ou méconnu la part à faire au hasard, au divers, à l'irrégulier, dont Schopenhauer et Nietzsche notamment ont su discerner l'importance, et qu'ils ont respectivement absorbé, l'un dans la volonté aveugle, l'autre dans l'irrationnel. Sans céder aux mêmes exagérations, il faut consentir à reconnaître : 1° qu'au « logique » est uni beaucoup d' « alogique », à l'entendement de la fantaisie, et que ce n'est, qu'en définitive et, tout compte fait, que l'histoire du monde nous laisse voir le triomphe de la raison; 2° que l'infinie variété de l'évolution ne nous permet pas de poser un type de développement établi une fois pour toutes; de son point de départ à son point d'arrivée, elle fait bien des détours et se montre extrêmement sinueuse[2].

C'est en ce double sens que s'affirme l'originalité du *néo-hégélianisme*, qui, s'il accepte, de Hegel, la philosophie de l'identité et la doctrine du « devenir », rejette sa dialectique outrancière, et, ramenant tout le *processus* de l'humanité à une évolution de civilisation (tant pour la connaissance que pour l'action), présente cette évolution, non pas dessinée en une courbe rectiligne, mais comme coupée de nombreux soubresauts, sans cesse traversée de contrariétés ou d'arrêts, de telle sorte que son ensemble seul puisse satisfaire la raison et paraître doué

1. J. Kohler, *Enzyklopädie*, 7 A., t. I, 1913, p. 8-9 (§ 5). — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 28-30. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 2, p. 6-7. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, Einleitung, p. 2, n° 5, puis p. 12-13 (n° 9).

2. J. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 12-13.

de quelque régularité. Ainsi, l'idée rationnelle arrive-t-elle à s'accorder avec la réalité[1].

95. — Mais, demandera-t-on sans doute ici, quel rapport y a-t-il entre cette philosophie générale de l'Univers et le droit, dont nous recherchons les bases profondes? — C'est que la philosophie du droit est une fraction de la philosophie de l'homme, et que celle-ci dépend de la philosophie du monde, dont l'homme fait partie. La philosophie de l'Univers doit donc dominer et diriger la philosophie du droit, qu'en réalité elle contient. Seule, d'ailleurs, elle peut nous faire entrevoir en quel sens évolue la civilisation. Et, dans cette évolution, le droit a d'autant plus de place qu'il est nécessaire pour l'assurer[2].

Il est donc essentiel de reconnaître, — et c'est la pensée fondamentale de J. Kohler, — que le droit est, en soi, un phénomène de culture, une manifestation de la civilisation[3]. Dès lors, il s'explique d'après les conditions effectives de la civilisation et il évolue avec elles. Il faut, en effet, qu'il corresponde toujours aux exigences de la culture, de façon à ne pas entraver celle-ci, mais plutôt même à la pousser dans le sens de sa finalité intime, suivant les lois générales de l'évolution hégélienne décrite

---

1. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913. p. 12-14 (§ 7). — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, § 4, p. 7-12. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 14-15 et p. 17.

2. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 3 (§ 1, *initio*). — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 27-28, p. 30-31. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, § 5, p. 12-15. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, Einleitung, p. 1 (nos 1-3), p. 2 (nos 6-8), p. 7 (n° 1). — *Adde : Das Recht als Kulturerscheinung.* Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft, Würzburg, 1885, Vorwort, p. 3 4.

3. C'est le titre même d'une des études générales, d'histoire comparative du droit, de J. Kohler : *Das Recht als Kulturerscheinung*, 1885. — *Adde : Enzyklopädie*, t. I, 1913, p. 4 et § 3, p. 6. — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 29-30. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 2. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 17 (n° 13).

plus haut[1], par conséquent sans répulsion pour la métaphysique et sous l'égide d'une philosophie idéaliste, non positiviste[2].

Ceci condamne, une fois de plus, la chimère d'un droit naturel fixe, toujours semblable à lui même[3]. Mais, s'il ne saurait y avoir de droit absolu, « il existe, pour tous les temps, une règle de rapport, la règle du rapport entre le droit et la culture, qui reçoit seulement un contenu varié dans l'infinie variété des états de formation humains »[4].

Resterait à savoir, il est vrai, ce qu'est exactement la civilisation et dans quelle direction se produit son évolution. J. Kohler abandonne cette recherche aux métaphysiciens, ou, plutôt même, il semble supposer la question pleinement résolue par eux[5]. — Il est fort regrettable, pourtant, qu'il ne nous ait pas, du moins, résumé, à cet égard, leurs conclusions les plus saillantes, dans la mesure où elles se peuvent le mieux adapter à l'élaboration scientifique du droit[6].

---

1. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, t. I, 1913, p. 6 (§ 3, *in fine*).

2. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, § 4, p. 7.

3. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 4-5 (§ 2). — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 27, p. 28. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, § 6. p. 15-16. Comp. §§ 7-8, p. 16-18.

4. J. Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*, 1907. p. 2. — *Adde : Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 10-11 (§ 7) et p. 14-15 (§ 8).

5. J. Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 2-3 et p. 5; — et surtout : *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 1, n° 4.

6. Notons, toutefois, cette définition un peu vague : « Die Kultur aber ist die Entwicklung der in der Menschheit liegenden Kräfte zu einer der Bestimmung der Menschheit entsprechenden Gestaltung ». J. Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 2. La difficulté du problème est encore signalée plus loin : *ibid.*, p. 4-5. Mais que d'obscurités demeurent en tout cela ! — Ailleurs, J. Kohler a cherché à développer un peu ces idées. Mais il n'arrive à nous indiquer que certains éléments de la civilisation, morceaux détachés d'une unité qui reste à saisir.

96. — En cela apparaît — il le faut avouer — la partie absolument faible du système de J. KOHLER. Car, lorsqu'on recherche le développement effectif des idées qui précèdent dans l'ensemble de ses travaux, on observe que, pour lui, tout se ramène, en définitive, à une histoire comparative du droit, envisagée sous la forme la plus universelle et la plus complète[1]. On sait, en effet, que telle demeure l'œuvre capitale et vraiment personnelle de ce savant jurisconsulte. Et sa philosophie du droit ne semble représenter autre chose qu'une suite, à peine un prolongement, ou, plutôt même, une synthèse, de ses études de droit comparé. C'est dans les résultats généraux de ces études, qu'il prétend découvrir les germes du droit, que l'avenir est appelé à développer suivant le progrès de la civilisation. Mais, nulle part, il ne nous indique, d'une façon précise, comment de l'évolution passée doit sortir l'évolution future. — Que si nous tâchons à saisir le procédé, qu'il ne nous livre pas, dans l'application qu'il en a faite, particulièrement en la partie spéciale de son *Manuel de philosophie du droit*, où il examine pour les apprécier, de ce point de vue, les institutions juridiques les plus notables, nous apercevons qu'il dégage, des constatations positives du droit comparé universel, certains types se succédant dans l'évolution, que, pour le surplus, il constate le résultat terminal de celle-ci, et que, lorsqu'il veut faire pressentir les progrès, qui semblent

---

Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909, Allgemeiner Theil, Buch II et Buch III. Voy. ce qui est dit ci-après, n° **96**, p. 119-122.

1. Ceci ressort surtout du travail mis en tête de l'*Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* (6 A., t. I, 1904 et 7 A., t. I, 1913) [comp. les éditions antérieures qui n'étaient pas dirigées par J. KOHLER], dont l'intitulé est déjà significatif : *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, puis § 8, p. 14-15, §§ 11-12, p. 16-20 et pour l'application : §§ 13-50, p. 20-62 (7 A.). — Voy. encore : *Das Recht als Kulturerscheinung.* Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft, Würzburg, 1885. — *Vergleichende Rechtswissenschaft und Ethnologie*, dans *Die Geisteswissenschaften*, 8 oktober 1913, p. 28-30.

commandés par l'heure présente, il s'en tient aux considérations morales, utilitaires ou sociales, qu'il est d'usage d'invoquer, un peu inconsidérément et pêle-mêle, en tous ces problèmes[1].

Malgré tout, il est vrai, J. Kohler persiste à déclarer que, tant par la voie législative que par celle de l'interprétation, la philosophie du droit doit faire progresser le droit existant, quand celui-ci reste en arrière du mouvement de la civilisation[2]. Et, bien qu'il distingue de la philosophie du droit, proprement dite, la politique juridique *(Rechtspolitik)*, dont les visées sont plus directement et plus essentiellement pratiques[3], il n'est pas douteux que l'objectif propre de la première soit l'adaptation du droit au *processus* réel de la culture[4]. — Seulement, le résultat spécifique de son action se montre des plus

1. Voy. à cet égard, toute la partie spéciale (B. Besonderer Teil) du *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin u. Leipzig, 1909, p. 62-212, particulièrement le premier livre (Recht der Einzelpersonen), plus spécialement consacré au droit civil. Ainsi, au sujet de : la question du divorce, p. 69, nº 8; — l'union libre, p. 70, nº 9; — la prohibition des mariages entre proches (inceste), p. 71; — la condition des enfants naturels, p. 77, nº 5; — la protection tutélaire des enfants, p. 81, nº 2; — l'institution de la propriété dans son ensemble, p. 81-91; — la théorie générale des contrats et obligations, p. 91-104; — la théorie générale des sûretés réelles, p. 104-108; — la théorie générale des sûretés personnelles, p. 108-111; — la théorie générale des successions et dispositions à cause de mort, p. 132-142. — On observera la prédominance des considérations économiques, dans les théories, des contrats : d'échange *lato sensu*, p. 111-117; — de prêt à intérêt ou de rente, p. 117-120; — d'assurance, p. 121-122; — de louage de services ou de travail, p. 122-123; — de société, p. 123-126; — de donation, p. 126-129; et dans la théorie des indemnités ou de la responsabilité, p. 129-132. — *Adde : Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte. B. Rechtsbildungen et C. Blick in die Zukunft, §§ 13-50, p. 20-62 (7 A., t. I, 1913), où se trouve déjà un effort analogue.

2. J. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 2, nº 9.

3. Voy. notamment : *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, § 9, p. 15-16.

4. J. Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 14.

médiocres, du moment que n'apparaît pas le lien entre la philosophie abstruse à laquelle J. Kohler a recours et les quelques tendances progressives qu'il suggère. Car il est impossible de découvrir pareil lien dans certaines idées de droit rationnel, déjà signalées par Hegel, que J. Kohler reprend pour les opposer à celles de Kant, mais dont, pour le surplus, il ne tire aucun profit positif[1]. — En définitive, quand on essaie de relever le sens général des conclusions les plus précises du système, on ne peut se défendre de les caractériser comme inclinant purement à une sorte de fatalisme irrésistible et stérile[2].

Il faut donc convenir, au total, que, si l'effort de J. Kohler, pour dépasser le positivisme, est entraînant par sa sincérité et sa vigueur, il a néanmoins manqué le but. Et la responsabilité en remonte sans doute à cette prétentieuse philosophie hégélienne, qui, après avoir attiré tant de hauts esprits par l'obscurité vertigineuse de ses conceptions ingénieusement harmonisées au mystère du monde, s'est montrée si décevante dans les applications qu'on en a tentées[3]. — Nous devons oser le dire ici, ne fût-ce que pour

---

1. Voy. J. Kohler, dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 10-11 (§ 7). — D'autre part, J. Kohler signale quelques directions, d'ailleurs vagues, dans l'histoire de la civilisation : ainsi, un mouvement général de la socialisation vers l'individualisation. *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, §§ 13-50, p. 20-62. *Adde : Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1902, §§ 1-3, p. 1-4. — A propos du droit civil allemand moderne, dont il trace les traits fondamentaux (II. Zivilrecht, 5. Bürgerliches Recht), il a résumé assez bien les idées capitales de l'époque contemporaine, dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 6 A., Leipzig u. Berlin, t. I, 1904, p. 568-571 (A. Allgemeiner Teil. Zweites Buch. Grundgedanken, §§ 4-5).

2. J. Kohler a cherché vainement à se défendre de ce reproche. *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 17-18.

3. Qu'il me soit permis de citer ici, comme ayant conservé, à mon sentiment, toute sa valeur critique, le travail bien connu d'E. Scherer. *Hegel et l'hégélianisme*, paru dans la *Revue des deux mondes*, n° du 15 février 1861, seconde période, t. XXXI, p. 812-856 et recueilli dans : *Mélanges d'histoire religieuse*, 1864, p. 283-375.

décharger notre âme. Pareille philosophie ne représente qu'un effort vers l'inaccessible; effort surhumain, comme tel, voué à l'échec, et dont le capital danger est d'arrêter des tentatives plus modestes, mais qui, limitées aux puissances de notre nature, pourraient, du moins, nous découvrir quelques clartés précieuses. Les hégéliens se perdent dans un flux d'idées et de mots, dont ils n'arrivent pas à préciser le rapport avec les réalités concrètes, ni, par suite, l'influence possible sur la vie. Aussi, subsiste-t-il une coupure infranchissable entre les prémisses hypermétaphysiques de la doctrine et les conclusions positives que commandent les besoins pratiques.

En observant la distance, qui sépare les prétentions philosophiques de J. Kohler et les résultats positifs de ses recherches, on ne peut se défendre d'un étonnement pénible devant la rigueur injuste et acharnée avec laquelle il apprécie les efforts poursuivis par R. von Jhering pour essayer d'atteindre le fonds ultime du droit par l'idée de son but. J. Kohler ne se lasse pas de décrier, de bafouer, de vilipender, ce qu'il appelle volontiers le dilettantisme, le dénuement intellectuel, les banalités, voire même les platitudes de von Jhering[1]. En réalité, pourtant, il n'apparaît pas qu'il nous ait offert rien de plus substantiel, en fait de résultats précis dans le domaine de l'élaboration progressive du droit positif; et, d'autre part, il ne saurait nous faire oublier ce sens profond des besoins intimes de la vie sociale, cette puissance aiguë de pénétration des institutions juridiques, cette richesse de l'imagination descriptive, qui demeurent les traits caractéristiques et les mérites non encore dépassés de son immortel rival.

1. Voy. notamment : J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 11, p. 12, p. 13, texte et note 2 (§ 7). — *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 28. — *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 1. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 6. p. 16. — *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1911-1912, t. V, p. 397, et 1912-1913, t. VI, Einleitung, p. 3.

97. — Que nous restera-t-il, cependant, de cette audacieuse tentative poursuivie par J. KOHLER, en vue d'assurer au droit positif une forte assise scientifique ? — Certaines conclusions très précieuses en subsistent, qui laissent à cette œuvre une valeur considérable, pour affermir la recherche et en garantir la fécondité. Il importe de les relever sommairement, en terminant ce chapitre.

Avant tout, il faut faire un grand mérite à J. KOHLER, d'avoir senti et affirmé la nécessité d'une forte philosophie, voire même d'une véritable métaphysique, pour y rattacher les règles de la conduite humaine dans l'ordre juridique et social [1]. Sous ce rapport, il apparaît nettement supérieur à R. von JHERING, à qui il a pu justement reprocher d'avoir édifié sur le sable ses développements touchant le but dans le droit [2]. Sans doute, J. KOHLER n'aboutit pas à déduire de la haute philosophie, qu'il professe, ses modestes conclusions positives [3]. Et, l'on peut penser qu'il a tort de vouloir faire de notre recherche un objet de pure science, sans laisser place suffisante à l'intuition ou à la croyance [4]. Malgré tout, nous lui saurons gré d'avoir proclamé l'importance d'une conception générale du monde, où le droit prît sa place avec les autres éléments sociaux qui l'accompagnent.

Nous ne manquerons pas de reconnaître aussi que

1. Voy. encore : J. KOHLER, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1904, t. IX, p. 31-33.

2. J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A. t. I, 1913, p. 12 (§ 7).

3. Voy. ci-dessus, p. 120-122 (n° **96**).

4. Voy. ci-dessus, p. 114 (n° **93**) et p. 115-116 (n° **94**). — Il faut, toutefois, ajouter, qu'en ces derniers temps, J. KOHLER a attiré l'attention des juristes allemands sur l'influence à reconnaître aux philosophies d'E. BOUTROUX et d'H. BERGSON. Voy. notamment : *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, t. VI, Einleitung, p. 4. — *Enzyklopädie der Reschtswissenschaft*, 7 A , t. I, 1913, p. 8, note 5. — *Bergson und die Rechtsphilosophie*, dans *Archiv fur Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1913-1914, t. VII, p. 56-69.

J. Kohler a su comprendre le rôle large et prépondérant à assigner aux réalités de l'histoire, dans la constitution même du droit positif moderne [1]. Et nous devons retenir, comme constituant son œuvre capitale, l'ébauche de cette histoire universelle du droit, qui, seule, peut jeter un jour décisif sur les conditions du développement intégral de l'humanité [2]. Ici encore, son effort dépasse largement celui de R. von Jhering, qui, en dépit d'aspirations vagues [3] et d'un essai incomplet et discutable [4], est resté trop strictement enfermé dans le cercle étroit de la Rome antique.

C'est aussi un service éminent, que J. Kohler nous a rendu, en plaçant au sommet de l'investigation juridique un idéal élevé, un peu indéterminé sans doute sous sa dénomination vague de culture (*Kultur*), mais qui, du moins, nous soustrait à la déprimante souveraineté du strict positivisme [5], et condamne, en tant que but suprême du droit, le simple eudémonisme ou le vulgaire utilitarisme, dont R. von Jhering semblait trop aisément se contenter [6].

---

1. Voy. notamment : J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, § 8, p. 14-15 et § 11, p. 16-19. — Comp. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, 1904, § 1, nos II-VII, p. 1-6. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 27, p. 28.

2. Comp. Giorgio del Vecchio, *Sull' idea di una scienza del diritto universale comparato* (Comunicazione letta al Congresso filosofico di Heidelberg il 4 settembre 1908, 2a edizione con aggiunte, Torino, 1909 [cet opuscule a été traduit sous le titre : *L'idée d'une science du droit universel comparé*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1910, nouvelle série, t. XXXIX, p. 486-505].

3. Voy. R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Erster Teil, § 1, t. I5, Leipzig, 1891, p. 1-16.

4. R. v. Jhering, *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, Leipzig, 1894 ; — traduction française par O. de Meulenaere : *Les Indo-Européens avant l'histoire*, Paris, 1895.

5. Voy. notamment : J. Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 1-2. — *Adde* (Compte rendu de V. Cathrein, *Recht*) dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1910-1°, t. XXIV, p. 234.

6. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 3 A., 1893-1898. —

Tels sont, à mon sens, les plus notables résultats à retenir de l'effort de J. KOHLER, effort qui, s'il n'atteint pas pleinement son objet, à raison d'une certaine obscurité de pensée et d'un manque de fermeté dans la visée, n'en reste pas moins profondément précieux, par cela seul qu'il a vigoureusement signalé les desiderata les plus essentiels à réaliser dans les régions supérieures de l'ordre juridique.

En une sphère moins élevée, mais plus rapprochée de la vie concrète, J. KOHLER a su montrer — bien qu'à un moindre degré que R. von JHERING — une pénétration avisée de certains aspects de l'organisation juridique, qu'il comprend dans les moteurs de cette civilisation, restant pour lui l'idéal suprême[1]. — C'est ainsi, qu'à côté de la logique, il distingue, dans la vie sociale, des éléments indéterminés, qui se proposent au règlement juridique ou, parfois même, contribuent à le réaliser (alogique dans le droit)[2]. — D'autre part, il a bien senti l'influence capitale de la psychologie sur le droit et il a su en distinguer les principaux courants[3]. — Surtout, il n'ignore pas le rôle essentiel de la technique dans la vie du droit. Et, s'il n'en présente pas une notion absolument nette, du moins pressent-il qu'il y a là un élément essentiel de la jurisprudence pratique[4]. — On pourrait citer encore des points

---

Comp. J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 9 (§ 6); — et pour l'application : *Die Ideale im Recht*, dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1891, t. V, p. 161-265. — *Adde* : *Moderne Rechtsprobleme*, 1907, p. 10, p. 12-13.

1. Voy. notamment : J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, A. Allgemeiner Teil, zweites Buch, p. 17-38. Comp. III-V Buch, p. 38-61.

2. J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1904, §§ 44-78, p. 146-231 comparés à §§ 79-99, p. 231-264. Voy. surtout § 8, p. 21-28. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 17-21 (nos 1-5).

3. J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 23-32. — Comp. *Enzyklopädie*, t. I[7], 1913, p. 20 (§ 12).

4. J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, A. Allgemeiner Teil, fünftes Buch, Rechtstecknik, p. 43-61. — Comp. *Enzyklopädie*

plus menus, tels que la loi de la causalité[1], dont il a mesuré la portée juridique avec plus de finesse qu'il n'avait été fait jusqu'alors.

D'une façon plus générale, soupçonnant un peu lointaine l'influence de la philosophie du droit, à laquelle il assigne la mission d'agir tant sur la législation que sur l'interprétation[2], et de régler, au besoin, les entraînements irréfléchis, ou les hésitations retardataires, de l'opinion[3], il a su réserver sa place à la partie positive du droit[4] et garder avec soin le cadre réel où s'enchâssent toutes nos aspirations vers l'idéal.

Finalement, en dépit de l'échec de son entreprise, ruinée d'avance par l'excès même de ses prétentions, J. Kohler nous offre toutes les pièces essentielles d'un système, où apparaissent en germe les données scientifiques du droit, prêtes à être fécondées par une solide technique.

Mais le système n'est pas construit sur des bases fermes. Et nous devons encore chercher ailleurs, si quelque conception générale s'harmoniserait mieux avec les résultats positifs désirables.

---

der Rechtswissenschaft, 7 A., t. I, 1913, § 10, p. 16. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1904, §§ 42-43, p. 135-145.

1. J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1904, § 8, I, p. 21. — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 21-23 (n° 6).

2. Voy. notamment : J. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 2 (n° 9).

3. Comp. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 15, *in fine* (§ 9).

4. J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A., t. I, 1913, p. 6, texte et note 2 (§ 3).

CHAPITRE SIXIÈME (XI)

LE SYSTÈME CRITIQUE (IDÉALISTE ET FORMEL) DE R. STAMMLER

98. — L'œuvre de R. STAMMLER représente assurément le monument le plus considérable de philosophie du droit, qu'ait édifié la dernière génération des jurisconsultes allemands. Et, — réserve faite de la popularité, qui lui viendra sans doute difficilement, à raison de ses tendances exagérément abstraites et d'une forme étroitement

logique, saisissant mal les réalités et maintenant constamment l'esprit dans une région supérieure à la vie, — il ne paraît pas douteux que son importance lui mérite place à côté des grands travaux de SAVIGNY, de JHERING et de J. KOHLER.

Cette œuvre, pourtant, est loin d'avoir obtenu, en France, la notoriété dont elle est digne[1]. A vrai dire, R. STAMMLER n'est guère connu chez nous que par sa formule saisissante « droit naturel à contenu variable »[2]; formule qui n'exprime qu'un assez maigre résultat d'une doctrine infiniment riche, qui porte l'aspect trompeur d'une idée nette sous une profondeur vide, et qui, même, telle qu'elle est, pour être bien comprise, demande à être encadrée dans l'ensemble des développements, dont elle forme comme le résumé mnémonique. C'est d'un point de vue plus large, qu'il faut envisager la construction philosophique du penseur de Halle. — Ses compatriotes ne s'y sont pas trompés. Ils ont reconnu que les travaux de R. STAMMLER aboutissaient, par une série de jugements de valeur nouveaux, à déplacer l'axe traditionnel du système juridique. Toutefois, préoccupés surtout de prendre position à l'égard de l'esprit général de cette audacieuse synthèse, ils ont trop souvent négligé d'en préciser les lignes caractéristiques[3]. Et, l'on a peine à

---

1. Elle a cependant été signalée avec éclat par R. SALEILLES (*École historique et droit naturel*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 80, note 1, p. 92, p. 96-97, p. 99. — *Adde* notamment : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 197-204, p. 228. — Voy. aussi : J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910, p. 167-173.

2. R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2 A., Leipzig, 1906, p. 181 (§ 33); cpr. 1 A., Leipzig, 1896, p. 185.

3. Voy., par exemple : G. SIMMEL, *Zur Methodik der Sozialwissenschaft*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich* (de G. SCHMOLLER), 1896, XX, p. 575-585 [p. 227-237 du zweites Heft]. — STAFFEL, *Ueber Stammlers « Lehre vom richtigen Recht »*, dans *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des*

trouver, à propos de Stammler, même dans la littérature germanique, cet exposé, quelque peu complet et froidement objectif, où le critique s'évertue principalement à dégager toutes les idées fondamentales de l'auteur et à leur donner, en les passant au crible de sa pensée propre, un dessin et une couleur, qui puissent les rendre plus aisément accessibles à tous les esprits[1].

C'est un essai de ce genre, que je voudrais tenter ici, en gardant pourtant les limites, qui me sont imposées par l'objet propre de cette partie de mon travail, consacrée spécialement à l'élaboration scientifique du droit. Laissant donc à part les travaux de Stammler, relatifs à la jurisprudence positive, les uns d'ordre théorique[2], les autres nettement pratiques[3], qui, par leur pro-

---

bürgerlichen Rechts, 1906, t. L, zweite Folge, f. XIV, p. 301-322. — Max Weber, *R. Stammlers « Ueberwindung » der materialistischen Geschichtsauffassung*, dans *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1907, t. XXIV, N. F., t. VI, p. 94-151. — H. U. Kantorowicz, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin u. Leipzig. 1909.

1. Voy. pourtant : G. Fraenkel, *Die kristische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, Göttingen, 1912, A., I, §§ 2-12, p. 9-26; cpr. §§ 17-19, p. 32-37 (A, II). — Et, pour la doctrine du « droit juste » : L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, § 7, p. 112-124.

2. Les principaux seront signalés ci-après : p. 131-135 (n° **99**). — *Adde*, entre autres : *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rehts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich*, Erlangen, 1878. — *Der Nieszbrauch an Forderungen*, Erlangen, 1880. — *Die Einrede aus dem Rechte eines dritten*, Halle, 1900. — *Unbestimmtheit des Rechtssubjektes*, Giessen, 1907.

3. Je citerai notamment : *Praktische Pandektenübungen für Anfänger*, Leipzig, 1 A., 1893; 2 A., 1896. — *Praktische Institutionenübungen für Anfänger*, Leipzig, 1896, devenues, dans les deux éditions suivantes; *Aufgaben aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1901, 1910. — *Praktikum des bürgerlichen Rechts für Vorgerücktere* Leipzig, 1 A., 1898, 2 A., 1903. — *Uebungen im bürgerlichen Recht für Anfänger*, Leipzig, I Band. 1898 1902; II Band. 1903; nouv. éd. en 1 vol., 1909. — Voy. aussi : *Das Recht der Schuldverhältnisse, in seinen allgemeinen Lehren*, Berlin, 1897; — et les articles *Recht* et *Schuldverhältnisse*, dans *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, de Conrad, Lexis, Elster,

fondeur, leur variété, leur intelligence de la vie concrète, attestent toutes les ressources de ce jurisconsulte d'élite, je m'attacherais exclusivement à sa philosophie du droit, pour y discerner surtout comment elle spécifie et met en œuvre les données de la nature sociale, aptes à nous révéler les règles de la conduite extérieure des hommes, qui constituent le droit positif[1]. Ce résultat ne peut être atteint qu'en serrant de très près le système complexe et touffu des idées générales de Stammler.

Dans cette vue, et afin de garder fidèlement l'objectivité, que je veux, avant tout, maintenir à cet exposé, il ne sera pas inutile de déterminer, d'abord, les ouvrages, qui en fourniront la matière, pour y trouver la base ferme de l'étude à poursuivre d'après le point de vue annoncé.

99. — La doctrine de Stammler, relativement à la philosophie du droit, s'est développée en une série de travaux, qu'il est curieux de suivre chronologiquement et de résumer successivement dans le même ordre, parce qu'on y voit une pensée, d'abord quelque peu incertaine et presque confuse dans son annonce primitive, prendre peu à peu conscience d'elle-même, se préciser et se purifier par son propre effort en deux ouvrages capitaux, puis s'exprimer, avec une netteté et une plénitude surprenantes, sous la forme d'un résumé substantiel destiné au grand public, enfin, — et sans préjuger de l'avenir, — trouver encore un relief plus accusé et plus puissant dans une synthèse magistrale faite, ce semble, pour imposer l'œuvre au monde savant en démontrant sa cohérence essentielle.

En effet, si l'on s'en tient à celles de ses productions scientifiques, qui ont constitué *ex professo* le système de la philosophie du droit de Stammler, on les relève au

---

Lœning, Jena, Fischer, zweite Auflage, t. VI, 1901, p. 327-341 et p. 611-632.

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52.

nombre de cinq principales, et, d'ailleurs, d'inégale étendue[1] :

1° C'est, d'abord, une brochure, publiée en 1888 à l'occasion du jubilé cinquantenaire de doctorat de WINDSCHEID, sous le titre *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie* (Sur la méthode de la théorie historique du droit)[2], qui nous offre comme une première escarmouche où, sous l'apparence d'un examen très personnel des théories méthodologiques de l'Éccle historique du droit, STAMMLER fait déjà pressentir, dans ses lignes essentielles, le point de vue critique, qu'il accentuera et affinera par la suite.

2° Huit ans plus tard (1896), paraît, en première édition, un ouvrage considérable : *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (Économie et droit d'après la conception matérialiste de l'histoire)[3]; ouvrage tout pénétré d'originale et puissante philosophie, où, sous le prétexte d'une critique aiguë de la célèbre théorie de MARX et d'ENGELS, l'auteur recherche une science, qui mette à la base de l'investigation sociale des principes analogues aux principes fondamentaux consacrés par le succès dans les autres disciplines et arrive à soumettre la société à une régularité de lois (*Gesetzmäszigkeit*) indispensable. Dans ce livre, extrêmement plein et parfois débordant, bouillonnent, un peu confusément encore, une foule d'idées qui intéressent les problèmes capitaux de la vie sociale. Déjà, l'on en voit surgir quelques directions précieuses : ainsi, la distinction de la matière et de la

1. Je laisse à part certains opuscules, qui ne tendaient qu'à la vulgarisation de la doctrine, ainsi : *Die Gesetzmässigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft* (Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 15 Februar 1902), Dresden, 1902, 27 p.

2. Publiée dans *Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum*, Halle a. S., Max Niemeyer, 1889, p 1-63.

3. Eine sozialphilosophische Untersuchung, Leipzig, Veit et Cie, 1re éd., 1896, 668 p.; — 2e éd., 1906, 702 p.; — 3e éd., 1914.

forme expliquant la séparation de *Wirtschaft* et de *Recht*, la liaison de l'une à l'autre en vertu du monisme social, l'idée d'un droit naturel à contenu variable, la finalité nettement opposée à la causalité, pour régir les hommes en société et aboutir à une téléologie, voire une nomologie, sociales, enfin l'idéalisme social, qui tend essentiellement à harmoniser une « communauté d'hommes voulant librement ». Le tout est érigé en système dogmatique, supérieur aux contingences de l'histoire, et pénétré d'un effort constant pour dégager la notion du droit des notions analogues (règles conventionnelles — coutumes — arbitraire) et conduire à la doctrine du « *droit juste* », indiquée seulement ici comme éminemment désirable.

3° A la constitution de cette doctrine du « droit juste » est consacré l'ouvrage, capital à mes yeux, intitulé : *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (La doctrine du droit juste), et publié en 1902[1]. Cette fois, l'ensemble des idées, jusqu'alors en germination incertaine, apparaît complètement éclos, largement épanoui et présenté, avec une régularité symétrique, dans un cadre impeccable. L'introduction commence par distinguer deux sortes de doctrines du droit : l'une, technique, qui poursuit la connaissance de l'organisation juridique comme une sorte de but propre, suivant les modes variés, par lesquels se traduit le droit établi ; la seconde, théorique, envisageant le droit d'une façon plus large, comme un moyen au service de buts humains. Si la technique est indispensable à la vie, voire même concourt à l'objet propre de la théorie, celle-ci l'emporte par ses visées plus hautes, qui la font tendre directement au « droit juste ». — Ceci posé, le livre premier cherche à préciser la notion (*Begriff*) du « droit juste », en mettant en regard le droit établi (*gesetzes Recht*), la doctrine morale (*sittliche Lehre*), le droit naturel (*Natur-*

1. Chez J. Guttentag, à Berlin.

recht), la grâce (*Gnade*) et en lui opposant, sous le nom de « conception non réfléchie du droit » (*ungeprüfte Rechtsauffassung*), les systèmes instinctifs, romantiques ou tendancieux, qui ont prétendu fonder le droit sur le sentiment juridique naturel (*das natürliche Rechtsgefühl*), l'impression du droit dans les âmes populaires (*Rechtsempfinden der Volksseelen*), les conceptions dominantes dans une communauté juridique (*die in einer Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen*), la morale de classes (*die Klassenmoral*), la libre appréciation du juge (*das freie Ermessen des Richters*). — Une fois acquise la notion du « droit juste », il s'agit — c'est l'objet du livre second — d'en dessiner la méthode, qui, dégageant les éléments du contenu juridique, doués de généralité formelle, fournira, sur le terrain philosophique, la loi de régularité des buts (*die Gesetzmässzigkeit der Zwecke*). A cet effet, il est, tout d'abord, nécessaire d'affirmer, que l'idée du « droit juste » ne se rencontrera, ni dans la liberté ou l'égalité, ni dans le bien-être et le bonheur, mais bien dans l'idéal social, que réalise « la communauté des hommes voulant librement ». En vue d'appliquer cet idéal social, il faut dégager les principes du « droit juste » des buts capitaux de l'individu et de la société. Mais, à eux seuls, ces principes fonctionneraient à vide. Il convient, pour les mettre en œuvre, de reconnaître la matière du « droit juste », qui nous est historiquement donnée et consiste tout entière dans l'économie des rapports sociaux. Si l'on y ajoute les divers moyens du « droit juste », se traduisant dans les tendances variées des préceptes juridiques, il ne restera plus, pour en parfaire la méthode, qu'à se représenter un modèle du « droit juste », ayant sa base dans l'idée d'une communauté particulière entre les personnes, dont les rapports doivent être juridiquement réglés, eu égard à la notion du prochain qui domine ces rapports et à la variété des prestations typiques qui peuvent être imposées à chacun. — C'est en suivant

rigoureusement (en général du moins) la méthode ainsi précisée, que l'auteur, dans son troisième livre, met en pratique le « droit juste » par une série d'applications, judicieusement groupées et finement développées, où se manifeste tout le profit positif et concret de son effort. — Enfin, sous cette conclusion : *Vocation du droit juste*, il cherche à rattacher son système à une conception originale de l'évolution et à l'encadrer dans une philosophie générale.

4° Le système, ainsi analytiquement construit, risquait de perdre son unité sous l'exubérance des nombreux et riches points de vue qu'il présentait. Une sorte de résumé panoramique était opportune, pour condenser les détails complexes et minutieux de l'exposé autour des idées maîtresses. STAMMLER en trouva l'occasion dans sa collaboration au volume de la collection P. HINNEBERG (*Die Kultur der Gegenwart, ihre Entwickelung und ihre Ziele*), consacré à la science systématique du droit (*Systematische Rechtswissenschaft*) et paru en 1906. Sous le titre : Essence du droit et de la science du droit (*Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft*), il a mis là lui-même à la disposition des gens du monde un aperçu, extrêmement succinct, précis, ferme et exact, de toute sa philosophie juridique, qu'il complétait encore de quelques vues sur l'avenir des principaux domaines d'activité générale ouverts aux jurisconsultes[1].

5° Quelques années après, en 1911, il reprenait, sous une forme plus ample et plus originale, cette idée d'une synthèse définitive, qui serait comme le couronnement et le perfectionnement de toute son œuvre scientifique. — C'est l'objet de son livre magistral, sur la théorie de la

---

1. *Die Kultur der Gegenwart*, Teil II, Abteilung VIII. — *Systematische Rechtswissenschaft*, Berlin u. Leipzig, 1906 : *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft*, p. I-LIX. — *Die Zukunftsaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft*, p. 495-507.

science du droit (*Theorie der Rechtswissenschaft*)[1], où, s'adressant plutôt, ce semble, aux initiés et surtout à ses adversaires pour les convaincre ou les entraîner par la puissance même de sa doctrine, il reprend, dans un plan et parfois sous un angle nouveau, ses idées capitales, qu'il poursuit, complète et développe en une série de sections, consacrées aux principaux aspects du droit, tel que lui-même l'envisage du haut de son observatoire philosophique : la notion générale du droit (*der Begriff des Rechtes*), sa vigueur effective (*das Gelten des Rechtes*), ses concepts fondamentaux (*die Kategorien des Rechtes*), sa méthode (*die Methodik des Rechtes*), sa systématique (*das System des Rechtes*), son idée suprême (*die Idee des Rechtes*), sa technique (*die Technik des Rechtes*), sa mise à effet pratique (*die Praxis des Rechtes*), son histoire (*die Geschichte des Rechtes*). Et, à chacun des problèmes, étagés sous ces rubriques, il s'efforce de donner, avec une précision tranchante, les marques d'abstraction et de généralité formelles, qui paraissent être, pour lui, l'idéal de la représentation intellectuelle. — Si cette œuvre est peut-être la plus nettement caractéristique du talent propre et, pour ainsi dire, de l'idiosyncrasie scientifique de STAMMLER, elle semble, par là même, moins que toute autre, de nature à faire accepter sa doctrine. Comme par une sorte de défi à ses critiques, l'auteur y a poussé à l'extrême, et jusqu'à la rendre instinctivement répulsive aux esprits amoureux de réalités, sa manière desséchante et décharnante, qui tend à réduire la vie sociale à un squelette de concepts et de mots.

100. — Aussi bien, puisque je dois maintenant chercher

---

1. Halle a. d. S., Buchhandlung des Waisenhauses, 1911. — Voy. un résumé et une critique de ce livre par F. BEROLZHEIMER, *Eine Rechtswissenschaft der Theorie*, dans *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1911-1912, t. V, p. 311-320.

à présenter la philosophie du droit de Stammler, sous l'aspect où elle semble plus aisément abordable aux jurisconsultes français, dans le sens du présent travail, je me garderai de choisir comme base de mon exposé, en dépit de sa frappe puissante, le dernier ouvrage qui vient d'être signalé. J'avoue que je ne me sens ni le courage ni le pouvoir d'animer cette pyramide d'abstractions, et je craindrais, en me bornant à résumer un travail tout en définitions condensées, en distinctions subtiles et en formules le plus souvent intraduisibles, de ne laisser à mes lecteurs que le sentiment de l'inaccessible et du vide.

J'espère avoir chance de mieux atteindre le but, en faisant porter principalement mon effort sur le résumé, esquissé par Stammler lui-même dans la *Systematische Rechtswissenschaft*, où apparaissent plus nettement tracées les lignes saisissables et communicables de la doctrine, et qui rattache aussi plus directement celle-ci à un cercle d'idées familier pour tout jurisconsulte. Autour de ce centre, dont l'origine nous garantit la solidité, il sera facile de grouper les explications complémentaires, essentielles pour exprimer toute la portée du système de Stammler, et que j'emprunterai à ses autres ouvrages généraux, principalement à la doctrine du droit juste (*die Lehre von dem richtigen Rechte*), dont certains développements sont tout particulièrement intéressants pour nous [1].

---

1. Afin de simplifier les citations, j'emploierai les abréviations suivantes :

Wirtschaft und Recht : Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 2 A., Leipzig, 1906;

Richtiges Recht : Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin, 1902;

Wesen des Rechtes : Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft, dans : Die Kultur der Gegenwart. Teil II. Abteilung VIII, Systematische Rechtswissenschaft. Berlin und Leipzig, 1906, p. I-LIX;

Zukunftsaufgaben des Rechtes : Die Zukunftsaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft, dans : Die Kultur der Gegenwart. Teil II.

Ce faisant, il pourra bien arriver, sans doute, que, pour ramener à l'objet propre de nos recherches, en un relief aisément saisissable, les idées si complexes et si nuancées de l'auteur, je les dépouille de leur couleur originale, voire les dénature quelque peu, et qu'en concrétisant afin de les adapter à une conception plus réaliste de la vie sociale, les formules abstraites, qui expriment, seules, de façon adéquate, l'idéalisme essentiel de sa philosophie, je risque d'altérer la pureté et l'intégrité du système. A ces dangers, qui guettent tout interprète des pensées philosophiques d'autrui, et que n'ont pas évités, ce semble, les critiques antérieurs de STAMMLER, je me résigne d'avance. Il les faut encourir, bon gré mal gré, pour, en revanche, espérer l'avantage de faire accueillir du public français cette doctrine, éminemment personnelle et forte, avec toute la sympathie intellectuelle qu'elle me paraît si hautement mériter.

Je compte faire suivre cet exposé, purement objectif, de la philosophie du droit de STAMMLER, des observations critiques, qu'elle me paraît suggérer, et qui, en même temps qu'elles fixeront ma position personnelle, à son égard, permettront de soupçonner le profit, que nous pouvons en attendre.

I

101. — La doctrine propre, de la philosophie du droit de R. STAMMLER, se concentre autour du *richtiges Recht*, ou « droit juste », auquel est consacré *ex professo* celui de ses ouvrages, qui exprime le plus nettement sa pensée, du point de vue seul directement intéressant ici pour nous. — Mais cette doctrine est, en quelque façon,

Abteilung VIII. Systematische Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig, 1906, p. 495-507;

Theorie : Theorie der Rechtswissenschaft, Halle a. d. S., 1911.

suspendue à des directions d'esprit plus générales, les unes, d'ordre proprement philosophique, les autres, spécialement juridiques, qu'il est utile de connaître comme formant le terrain nourricier, d'où se sont élancées et développées les vigoureuses frondaisons, qui ont pu paraître promettre un abri définitif à notre science.

Au point de vue philosophique, il ne semble pas douteux que STAMMLER soit de ceux, qui aient le plus fidèlement entendu l'appel lancé dans le dernier tiers du XIXe siècle : « *Zurück zu Kant* », et qu'il n'ait décidément préféré à la métaphysique hégélienne, si longtemps en honneur chez nos voisins de l'Est, un criticisme rationaliste, qui dissolve les éléments objectifs de la connaissance, au moyen d'une analyse raffinée, pour les traduire en formules capables de maîtriser la réalité, en l'enserrant en des cadres inflexibles. Son rationalisme paraît même excéder celui de *Kant*, en ce sens que tous ses efforts tendent à systématiser la vie morale et sociale, en découvrant, pour la pénétrer, des principes analogues à ceux qui ont fondé si solidement les sciences de la nature, et tels que la rigueur constante des lois physiques sous l'empire de la causalité.

Pour STAMMLER, la vie morale des hommes en société est placée sous l'empire d'une régularité (*Gesetzmäszigkeit*) fondamentale[1] et de valeur générale inconditionnée, se réalisant en une *forme* constante et homogène, qu'il s'agit de dégager par une critique aiguë des moyens de notre connaissance et de représenter à l'esprit par des concepts appropriés[2]. Ainsi, écarte-t-il délibérément toutes les inspirations sentimentales de la raison pratique, pour

---

1. Cons. ici R. STAMMLER, *Die Gesetzmässigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft* (Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 15 Februar 1902), Dresden, 1902.

2. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 1, p. 3-6.

leur préférer, en apparence du moins, les procédés plus rigoureux de la raison pure [1]. Même, il fait passer à l'arrière-plan les enseignements de l'histoire (considération *génétique* des choses), comme ne fournissant que des points d'appui contingents [2], et toute sa construction *systématique* repose essentiellement sur des bases rationnelles, ainsi qu'en témoigne notamment sa curieuse conception de l'évolution sociale [3], par où il cherche à ériger les idées, que lui a suggérées le « droit juste », en une philosophie générale [4].

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que le monde moral se réduise, à ses yeux, à un mécanisme dominé par une causalité inéluctable. — Tout au rebours. Il écarte, aussi pleinement que possible, les notions de cause et d'effet du domaine qu'il envisage [5]. Il ne voit guère, entre les choses de la vie sociale, que des rapports de moyens à buts ; et c'est encore un trait caractéristique à signaler de la philosophie dont il s'inspire, qu'elle est éminemment finaliste [6].

---

1. *Wesen des Rechtes*, p. III. — *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 1, texte et note 1, p. 6 ; et p. 631.

2. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 7 (§ 1, *in fine*), p. 12, p. 105, p. 214-215, p 374-375, p. 411-414 (§ 75), p. 462, p. 528-529, p. 581. — *Richtiges Recht*, p. 23-25, p. 36, p. 104, p. 175, p. 177-178, p. 234. — *Wesen des Rechts*, p. II-III. — *Zukunftsaufgaben des Rechtes*, p. 501-503. — *Theorie*, p. 39-42 (I, 1), p. 541-545 (VI, 19), p. 766-770 (IX, 4) ; comp. p. 16, p. 37, p. 95, p. 189, p. 448-450, p. 517-518, p. 651, p. 658, p. 754, p. 790. — Et, sur la théorie générale de l'histoire du droit, voy. *Zukunftsaufgaben des Rechtes*, p. 500-505. — *Theorie*, p. 751-835 (IX).

3. *Richtiges Recht*, p. 607-620. — Comp., sur l'évolution dans le droit : *Wesen des Rechtes*, p. XLV-XLVII : et, dans l'histoire : *Theorie*, p. 797-802 (IX, 10).

4. *Richtiges Recht*, p. 621-627 *(Orthosophie)*.

5. *Wirtschaft und Recht*, § 63, p. 337-345. — *Wesen des Rechtes*, p. XVIII-XXII.

6. *Wirtschaft und Recht*, p. 355-356, p. 392-394, p. 529-531, p. 589, p. 616-619. — *Richtiges Recht*, p. 182, p. 186, p. 227, p. 611-614. — *Wesen des Rechtes*, p. XIV, p. XVIII-XIX, p. XLV. — *Adde : Theorie*, p. 49-62 (I, 4-6), p. 288-311 (IV, 8-11), p. 324-328 (IV, 15), p. 606-612

Il s'agira seulement de découvrir la fin suprême de la société des hommes, avec le caractère de généralité formelle qui sera le signe distinctif de sa valeur. Là-dessus doit porter l'effort capital de la recherche[1].

102. — Tous ces postulats philosophiques ne peuvent, au surplus, que préparer de loin les conceptions juridiques, qui conduiront STAMMLER au « droit juste »[2]. — Mais, avant d'arriver à ce dernier point d'aboutissement, il faut, d'abord, construire le cadre, destiné à contenir les éléments essentiels de l'organisation d'ensemble, où le droit proprement dit trouve sa place.

Partant, donc, de la masse, complexe et changeante, des droits positifs et des lois écrites, que nous offre une première vue sur le monde, il s'agirait d'y établir l'ordre et l'unité, de trouver un ferme palier, d'où la pensée critique pût déterminer et régir le brutal pêle-mêle des particularités infinies de la vie sociale[3]. — Dans ce but. trois questions sont à résoudre : — 1° qu'est-ce que le droit? — 2° comment se justifie la force contraignante (*der Zwang*), qui reste le signe caractéristique de toute organisation juridique? — 3° à quelles conditions le contenu d'une règle juridique est-il véritablement fondé[4]? — Suivant STAMMLER, ces trois questions doivent être envisagées distinctement et résolues dans l'ordre de leur

---

(VII, 11), p. 759-765 (IX, 3) ; et encore p. 70-72, p. 295, p. 527, p. 540, p. 800, p. 804.

1. Voy. notamment, dans *Wirtschaft und Recht*, tout le livre IV « *Soziale Teleologie* », p. 335-474.

2. On trouvera un exposé très pénétrant de la façon dont la doctrine du droit juste découle de la philosophie de STAMMLER, — ou, plus exactement, du criticisme kantien, renouvelé par l'École (dite néo-kantienne) de Marburg, à laquelle se rattacherait STAMMLER, — chez : STAFFEL, *Ueber Stammlers « Lehre vom richtigen Recht »*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1906, t. L, N. F., t. XIV, p. 301-312.

3. *Wesen des Rechtes*, p. I. — Et, pour plus de développements : *Theorie*, p. 1-38 (*Einleitung*).

4. *Wesen des Rechtes*, p. II-III. — *Richtiges Recht*, p. 111.

hiérarchie naturelle. Et, ç'a été l'erreur commune des systèmes de philosophie du droit antérieurs au sien, — qu'il ramène à trois principaux, la doctrine du droit naturel, l'École historique du droit, la conception matérialiste de l'histoire, et qu'il soumet successivement à sa critique[1], — d'avoir prétendu fondre ces trois questions en une seule, pour y répondre par une formule unique[2].

Pour lui, procédant suivant sa méthode de précision analytique, il cherche, tout d'abord, à fixer la notion générale du droit, qu'il sépare soigneusement des notions similaires[3]. D'une part, il oppose la règle de la vie sociale (*das Recht*) à ce qui en fait le fond, soit l'effort commun des hommes pour satisfaire à leurs besoins, non seulement matériels mais de tous ordres (*die Wirtschaft*), comme la forme à la matière[4]. D'autre part, tandis que la morale (*die Sittlichkeit*) lui paraît affaire de pureté d'intention ou de bonne volonté personnelle, en vue du perfectionnement de la vie intérieure, le droit rentre dans la catégorie des commandements qui déterminent la conduite extérieure[5]. — Ces commandements sont eux-mêmes de diverses sortes : il y a notamment les règles conventionnelles (*die Konventionalregeln*), ou accords amiables, qui ne lient les individus qu'autant qu'ils le veulent bien[6]; il y

1. *Wesen des Rechtes*, p. IV-XIV.
2. *Wesen des Rechtes*, p. XIV-XVI. — *Richtiges Recht*, p. 112-116.
3. *Wesen des Rechtes*, p. XVI-XXXI. — *Wirtschaft und Recht*, § 2, §§ 22-40, §§ 86-91. — *Richtiges Recht*, p. 27-32, p. 52-92, p. 216-244.
4. *Wesen des Rechtes*, XXVIII-XXXI. — *Wirtschaft und Recht*, p. 7-11 (§ 2), p. 112-121 (§ 22), p. 131-233 (§§ 25-40); comp. p. 303-305. — *Richtiges Recht*, p. 216-244. — Comp. *Theorie*, p. 306-311 (IV, 11) et p. 796. — Rappr. ci-dessous, p. 148-150 (n° **104**), p. 153, texte et note 3. p. 155 (n° **105**), p. 177 (n° **111**), p. 180 (n° **112**).
5. *Wesen des Rechtes*, XX-XXII; comp. p. XXXVI. — *Recht und Wirtschaft*, p. 99, p. 101-107 (§ 20), p. 378-385 (§ 69). — *Richtiges Recht*, p. 52-92. — *Theorie*, p. 109, p. 303-304, p. 452-454, p. 457, p. 492-494.
6. *Wesen des Rechtes*, p. XXIV. — *Wirtschaft und Recht*, p. 121-130 (§§ 23-24), p. 477-481, p. 518-519. — *Richtiges Recht*, p. 234-239, p. 366-367, p. 463-469, p. 602. — *Theorie*, p. 96, p. 102, p. 109, p. 302, p. 304, p. 417, p. 425, p. 503-504, p. 509-510, p. 707.

a l'arbitraire (*die Willkür*), résultant d'injonctions despotiques, d'origine essentiellement subjective[1]; il y a les règles de mœurs (*die Sitte*), — pour Stammler, simple subdivision des règles conventionnelles, — qui se rapprochent des préceptes juridiques par leur contenu, mais en diffèrent par leur prétention de mise à effet; car, tandis qu'elles se présentent comme une sorte d'invitation conditionnelle à telle ou telle manière d'agir, le droit entend formellement valoir à titre de volonté sociale dominant d'elle-même[2]. Finalement, le droit se dégage comme constituant « le règlement, commandant de lui-même et inviolable par essence, de la vie sociale des hommes »[3].

Cette notion du droit acquise, il paraît nécessaire de justifier, de suite, la force de contrainte qui demeure sa marque essentielle. Car, à quoi servirait d'aller plus loin et d'apprécier la justesse intrinsèque des règles juridiques, si l'on devait, par ailleurs, s'incliner devant les objections de l'anarchisme, et admettre que la seule forme, véritablement fondée, de la vie sociale, fût un règlement purement volontaire de l'existence en commun, de telle sorte que toute contrainte, pourtant inséparable de la notion de droit, se trouvât *a priori* condamnée? — Aussi, après

1. *Wesen des Rechtes*, p. xxiv-xxvi. — *Wirtschaft und Recht*, p. 477-488 (§§ 86-87), p. 492-496 (§ 89). — *Richtiges Recht*, p. 105-106, p. 115-116, p. 129, p. 602. — *Theorie*, p. 107, p. 128, p. 159, p. 170, p. 255, p. 304, p. 417-418, p. 425, p. 503-504, p. 508-509, p. 614-615, p. 815.

2. *Wesen des Rechtes*, p. xxii-xxiv.

3. *Wesen des Rechtes*, p. xxviii. — Et, pour une analyse plus développée de la notion de droit, avec le vouloir à sa base : *Theorie*. Erster Abschnitt. Der Begriff des Rechtes, p. 39-113. — *Adde* : Zweiter Abschnitt. Das Gelten des Rechtes, p. 114-179. — Voy. aussi, sur les catégories du droit, dont nous aurons peut-être à parler plus tard (troisième partie de ce travail) : *ibid.*, Dritter Abschnitt. Die Kategorien des Rechtes, p. 180-262. — Voy. encore : Fünfter Abschnitt. Das System des Rechtes, p. 364-436. — *Adde*, sur cette *notion du droit* : R. Stammler (*Notion et portée de la volonté générale chez Jean-Jacques Rousseau*), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1912, t. XX, p. 386-387. — Et, sur *l'idée de droit* et sa fonction : *ibid.*, p. 387-388.

avoir réfuté les théories dynamiques, proposées par l'École socialiste, — et suivant lesquelles la force autocratique du droit se serait historiquement constituée, comme un produit nécessaire (dans le sens d'une causalité inéluctable), des rapports économiques en vertu de considérations d'ordre physiologique ou simplement social, — il montre l'insuffisance des explications téléologiques, jusqu'ici proposées par les philosophes du droit, et qui représentent la contrainte juridique, tantôt comme le moyen indispensable pour maintenir l'existence physique de la race humaine, en coupant court au *Bellum omnium contra omnes*, tantôt, et sous de nombreuses variantes, comme le seul procédé efficace pour assurer la moralité possible chez les hommes. — A toutes ces conceptions, il en oppose une autre, de tendance également téléologique, basée sur l'idée fondamentale de la régularité de la vie sociale, appuyée à un règlement formel de portée générale, et qui aboutit à proclamer que : « la volonté *juridique*, dans la qualité propre par laquelle elle prétend valoir *en s'imposant d'elle-même*, apparaît comme le moyen inévitable pour pouvoir unir socialement *tous les hommes même simplement imaginables* et déterminer *sans condition toute* société *possible* ». Cette détermination, qui montre l'insuffisance des règles conventionnelles, lui paraît seule capable de donner un fondement théorique solide à la contrainte juridique [1].

Ce point fixé, il semble qu'il ne resterait plus qu'à aborder le contenu intrinsèque des règles de droit, pour en apprécier la valeur, suivant certaines conditions fondamentales. C'est là précisément le problème du « droit juste » (*Richtiges Recht*), qui demeure l'objet capital des études de STAMMLER, et où apparaissent le plus en relief la person-

---

1. *Wesen des Rechtes*, p. XXXIV-XXXVII. — Voy. les développements donnés à cette question dans *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 514-559 (§§ 92-98). — Rappr. *Richtiges Recht*, p. 21, p. 29, p. 33, p. 236, p. 273. — *Theorie*, p. 98-101 (I, 13) et p. 494-495 (VI, 10).

nalité et la vigueur de ses idées. — Toutefois, avant de résumer les points essentiels de sa doctrine à cet égard, je voudrais chercher encore à jeter quelque lumière sur deux positions, prises par STAMMLER dans le problème général de la méthode juridique, et qu'il est important de bien comprendre, pour se rendre compte de la portée qu'il convient d'assigner à sa conception du « droit juste » (*richtiges Recht*).

103. — *a*) A maintes reprises, STAMMLER oppose la théorie du droit à sa technique et il a consacré à un ample exposé de cette distinction l'introduction de son grand ouvrage sur le « droit juste »[1]. — Pour lui, la technique du droit tend à dominer l'organisation juridique historiquement donnée, en faisant de sa connaissance une sorte de but final, tandis que la théorie du droit voit dans le règlement juridique un moyen au service de buts humains, moyen conditionné qui fait obtenir un certain résultat. D'après ces vues, la première ne s'attache qu'à pénétrer le sens et le contenu véritable de textes ou d'institutions déterminés, à les embrasser en un coup d'œil d'ensemble et à les présenter systématiquement ordonnés, la seconde agite la question de savoir si le droit, ainsi reçu par tradition, constitue un juste moyen pour un but légitime[2]. En somme, et pour ramener

1. *Richtiges Recht*, Eröffnung. Aufgabe des richtigen Rechtes, p. 1-18. — *Adde : Wesen des Rechtes*, p. LII. — *Zukunftsaufgaben des Rechtes*, p. 496-500. — *Theorie*, Siebenter Abschnitt. Die Tecknik des Rechtes, p. 559-652. — Pour éviter toute équivoque, il y a lieu d'observer, qu'en d'autres passages de ses œuvres, STAMMLER entend désigner, sous le nom de « *Tecknik* », la technique industrielle ou agricole C'est en ce sens qu'il emploie le plus souvent le mot « *Tecknik* » dans *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, ainsi, p. 132, p. 186, p. 214, p. 295, p. 400, p. 404 et surtout § 39. Einflusz des Rechtes auf die Technik, p. 224-226.

2. *Richtiges Recht*, p. 3-6, p. 9-11, p. 13, p. 14 (Eröffnung). — *Zukunftsaufgaben des Rechtes*, p. 497-498. — *Theorie*, VII, 1. Theorie und Technik, p. 559-563.

au concret ces formules un peu générales, la technique du droit, telle que l'entend Stammler, se cantonnerait dans l'interprétation et l'application minutieuses du droit établi, la théorie, seule, s'élèverait jusqu'à une appréciation de valeur permettant de juger ce droit établi par rapport à un type supérieur de justice. Il est clair que, de ces deux pôles de la doctrine générale du droit, le second seul intéresse directement la philosophie du droit. Le premier, toutefois, ne laisse pas que de s'y rapporter aussi, comme un procédé nécessaire pour mettre en œuvre le « droit juste »[1]. — D'ailleurs, il semble bien, qu'à côté de cette notion, un peu étroite, d'une technique terre à terre, Stammler ait entrevu l'idée plus large de moyens artificiels, destinés à adapter à la vie sociale les règles abstraites du *richtiges Recht*. Et, bien qu'il dénie à la *Zweckmäszigkeit*, considérée comme une tactique érigée en principe, le pouvoir de suppléer le « droit juste »[2], il n'est pas sans mettre en relief un droit purement formel, prévalant parfois sur le droit fondamentalement juste, ou apte à mieux assurer celui-ci par une sorte de concession de la théorie pure aux exigences de la vie[3]. — Mais il n'apparaît pas, qu'il ait fait entrer rien de cela dans sa conception personnelle de la technique juridique[4]; et, en tout cas, il demeure incontestable, que tous ces expédients restent, pour lui, absolument subordonnés à la conception supérieure du *richtiges Recht*.

b) L'importance effective de ce « droit juste » dépend elle-même, au surplus, d'une question plus notable

1. *Richtiges Recht*, p. 15, p. 17; comp. p. 226. — *Theorie*, VII, 17. Geformes Recht und richtiges Recht, p. 647-652.

2. *Richtiges Recht*, p. 227-228. — *Theorie*, p. 469 (VI, 6).

3. *Richtiges Recht*, II, 4, III. Wirkliches und förmliches Recht, p. 262-268; comp. II, 4, IV. Bewust unrichtiges Recht, p. 268-271. — *Theorie*, p. 649-651 (VII, 17).

4. Voy. pourtant : *Richtiges Recht*, p. 557, *initio*. — Comp. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 161-162. — *Theorie*, VII, 16. Lücken im Recht, p. 641-647 et p. 651-652 (VII, 17).

encore, qui est celle de savoir quelle en sera la valeur précise dans la pratique de la vie juridique. Que le *richtiges Recht* doive inspirer les décisions du politique, homme d'État, législateur ou administrateur, appelé à fixer les cadres du droit formel, pour assurer un règne facile à la justice dans la vie sociale concrète cela, ne saurait faire doute, et l'œuvre de STAMMLER entière, à peine de perdre toute portée positive, l'implique absolument[1]. Mais l'interprète du droit proprement dit, — juge chargé de dire le droit, ou théoricien préparant son application, — peut-il également puiser dans ce fonds typique de la justice sociale le principe de ses solutions? — Sur ce point capital, auquel il ne semble pas qu'il se soit attaché de très près et dont la considération nette échappait sans doute à son objectif exclusivement théorique[2], la pensée de STAMMLER, bien que certains de ses critiques l'aient décidément interprétée dans le sens du plus large emploi du « droit juste »[3], me paraît être restée quelque

1. Voy. notamment : *Richtiges Recht*, I, 1. Richtiges Recht und gesetzes Recht, p. 21-51; II, 4, I-IV, p. 245-271; III, 2, p. 387-446. — *Adde : Wesen des Rechtes*, p. LIX.

2. C'est ce qui ressort bien de la conclusion si nuancée et si fine de : *Wesen des Rechtes*, D. VI, p. LIV-LIX (Die Bedeutung des richtigen Rechtes), qui est à lire attentivement et tout entière pour se rendre compte de la manière de l'auteur. J'y relève cette phrase significative ; « La doctrine du droit juste n'a rien à faire avec la question de la *vigueur effective* d'un droit en général, mais seulement avec le thème bien différent de sa *justesse* possible », p. LVII-LVIII ; et encore : « Ce que veut la doctrine du *droit juste*, c'est seulement *fournir une méthode*, dans laquelle on puisse diriger, *d'une façon essentiellement fondée*, les particularités d'une volonté juridique née empiriquement, et d'après laquelle on soit avant tout en état, dans les cas individuels où le droit en vigueur l'ordonne directement, de se choisir à soi-même la *juste règle* dans une marche de preuve aussi assurée que possible », p. LVII. — Comp. *ibid.*, p. XV.

3. Voy. notamment : L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 113, *in fine*, p. 118 : *adde* § 7 cbn. §§ 8, 10, 11, 12. — Voy. aussi : STAFFEL *Ueber Stammlers « Lehre vom richtigen Recht »*, dans *Jherings Jahrbücher*, 1906, t. L, N. F. t. XIV, p. 310 et p. 312-314.

peu fuyante, sinon même incertaine. — Telle que je l'ai saisie, pour ma part, en cherchant à dégager de ses hésitations une direction aussi homogène et cohérente que possible, elle maintiendrait, avant tout, la suprématie et l'indépendance du droit formel (*geformtes Recht*), suivant la volonté de ses auteurs, qui, seule, peut garantir à ses préceptes toute leur valeur technique [1]. C'est ainsi que STAMMLER n'emploie, avec pleine assurance, les suggestions du « droit juste », pour l'interprétation du droit légal, que lorsqu'il s'y sent autorisé par le renvoi exprès ou tacite du législateur [2]. D'autre part, pourtant, s'il advient que celui-ci n'ait aucunement réglé une question juridique, qui se présentât en fait, — puisque aussi bien il est inévitable que des lacunes existent dans les formules du droit établi, — comme, par ailleurs, ces lacunes ne sauraient exister dans la constitution du droit positif prise en son ensemble [3], — il est nécessaire et légitime de faire intervenir ici les principes du « droit juste », pour compléter les indications insuffisantes de la technique [4]. — En d'autres termes, et pour tâcher de mieux fixer encore la réponse de STAMMLER à cette question importante, nous dirons, reproduisant à peu près une distinction par lui-même représentée : « De deux choses l'une; ou le législateur renvoie positivement à l'équité (au sens large du mot), ou il garde le silence; au premier cas, les intéressés doivent *ab initio* régler la situation dont il s'agit d'après les principes du *juste droit;* dans le second cas, au contraire, il faudrait *préalablement* rechercher si l'on

1. *Richtiges Recht*, p. 34-35, p. 104-110. — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. LVIII-LIX.

2. *Richtiges Recht*, p. 313-314 et : Das dritte Buch. Praxis des richtigen Rechts, p. 309-598, *passim*. — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. LV-LVI.

3. *Theorie*, p. 641, p. 642, p. 651-652.

4. *Richtiges Recht*, II, 4, v. Lücken im Rechte, p. 271-275, pour le principe; et, pour certaines applications : p. 560, al. 2, p. 564, *in fine*, p. 565-566. — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. LIII, p. LVII, p. LIX.

ne peut découvrir une décision dans le sens du contenu concrètement organisé d'un *droit déterminé;* et, dans la négative seulement, s'imposerait la nécessité de solutionner l'espèce d'après les principes fondamentaux de l'organisation juridique prise en soi »[1]. — Plus brièvement et peut-être plus nettement encore, le « droit juste » interviendra légitimement alors, et seulement alors, que le droit établi n'aura formulé aucune direction, si fugitive qu'elle soit[2].

104. — Que sera-ce donc, enfin, que ce « droit juste », qui représente comme le noyau et semble exprimer toute la substance de l'organisation juridique? — Pour le faire entendre, STAMMLER reprend la distinction aristotélicienne de la matière et de la forme, qu'il expose à sa manière, non sans dénaturer peut-être la doctrine tout ontologique du philosophe grec[3].

Tout contenu particulier de notre conscience se présente comme un composé de parties essentielles, diverses, mais étroitement unies. Ces parties essentielles, qui ne sont pas identiques les unes aux autres, se divisent en deux classes : dans la première, entrent les éléments permanents, qui se reproduisent toujours les mêmes

---

1. *Richtiges Recht,* p. 274. — *Adde :* p. 302-308.

2. Cette conclusion, encore un peu vague, reste la seule, que je puisse me permettre de formuler, au vu des nouveaux développements présentés dans *Theorie*, VIII, D. *Das anzuwendende Recht*, p. 714-750; comp. VII, 16. Lücken im Rechte et 17. Geformtes Recht und richtiges Recht, p. 641-652.

3. Voy. notamment : *Wirtschaft und Recht*. 2e éd., 1906, § 22. Form und Materie (des sozialen Lebens), p. 112-121. — *Richtiges Recht*, II, 3, I. Stoff und Form (des Rechtes), p. 216-219. — *Theorie*. Einleitung, 3. Form und Stoff der Rechtsgedanken, p. 6-10. puis, p. 24, p. 26, p. 36, p. 272, p. 279, p. 351, p. 517, p. 757, p. 800. — Cette distinction avait déjà été signalée antérieurement, notamment par H. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I Band. Einleitung. Abhandlung I. Das Naturrecht der Gegenwart, Leipzig, 1892, p. 543-544. Toutefois, ce dernier auteur attribue à la distinction une portée différente et, au total, bien moindre. Voy. ses p. 544-552.

sous les différentes représentations de l'esprit ; la seconde comprend des éléments changeants de leur essence et qui se modifient au cours de l'évolution. D'une part, donc, nous avons des éléments conditionnants, qui sont la *forme* du concept ; d'autre part, des éléments déterminés par les premiers, qui en constituent *la matière*. — La séparation de ces deux catégories distinctes s'opère en face de tout concept général, si nous nous demandons quelles parties notre pensée peut en omettre, tout en maintenant ferme le concept, quelles parties, au contraire, ne sauraient être écartées, sans que disparaisse le concept lui-même. Tandis que ces dernières constituent la forme du concept, les autres appartiennent à sa matière : tels l'espace ou le temps (formes), par rapport au monde des corps (matière)[1].

Ceci posé, si nous envisageons un phénomène soeial quelconque, formation d'un État, lutte de classes, grève, déplacement de valeurs, etc., nous pouvons, dans notre esprit, mettre à part toutes les circonstances, qui le constituent concrètement, et retenir néanmoins celle-ci, qu'il s'agit d'un événement social, bien distinct, en cette qualité, d'un phénomène de la nature physique, tel que mouvement géologique, conflit de forces naturelles, déplacement d'objet. Mais, que nous écartions l'idée qu'il s'agit ici de rapports *réglés* entre les hommes, en général, et nous perdons tout à fait la notion spécifique du phénomène social. D'où il résulte que la pensée méthodique d'*une chose à régler* constitue la condition logique formelle de cette considération propre du concours d'efforts humains, que nous appelons le phénomène social [2]. — Par suite, « la forme de la société humaine n'est autre que la pensée du *règlement extérieur*, tenu pour la condition logique, sous laquelle seulement est possible le concept du *con-*

---

1. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 112-113 (§ 22).
2. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 20, p. 101-107 ; comp. p. 248.

cours social *des efforts* des hommes »[1]. Bref, le règlement juridique sera essentiellement la forme de la vie sociale, dont la matière consistera dans les arrangements moraux, politiques, économiques, ou, pour mieux dire, dans tout cet effort collectif tendant à la satisfaction des besoins de chacun, auquel STAMMLER applique l'expression, difficilement traduisible en français, de *Wirtschaft*[2]. Et, si l'on s'en tient à la vie juridique proprement dite, sa matière ne peut être que le droit établi dans ses éléments empiriquement conditionnés, ou, si l'on veut, dans ses résultats historiques, tandis que sa forme réside en la pensée générale, qui domine ce contenu variable de droit, suivant une idée de rectitude objective[3].

Dès lors, le problème du « droit juste » tend essentiellement à découvrir une méthode formelle de valeur générale, capable d'assurer à la vie sociale la régularité fondamentale (*die Gesetzmässzigheit*), qui puisse endiguer les variétés infinies de son contenu, pour y maintenir l'unité nécessaire[4]. — Il ne s'agit donc pas, pour qui cherche le « droit juste », d'apprécier, en elles-mêmes, les règles multiples et contingentes, qui dépendent des circonstances, variées et changeantes, de l'évolution sociale; il ne s'agit pas non

---

1. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 113-115, notamment p. 115 (§ 22).

2. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, §§ 23-24, p. 121-130, rapprochés de §§ 25-29, p. 131-158. — D'ailleurs, cette notion, un peu élastique, de la *Wirtschaft*, est critiquée par certains : ainsi par L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 113 (§ 7).

3. *Richtiges Recht*, II, 3, I. Stoff und Form (des Rechtes), p. 216-219.

4. *Wesen des Rechtes*, p. XVI-XVIII. — *Theorie*, Sechster Abschnitt. Die Idee des Rechtes, p. 437-558, *passim*, notamment § 1, p. 437-443 ; § 3, p. 450-452 ; § 8, p. 475-481 ; §§ 15-16, p. 518-529; § 20, p. 545-552. — Rappr. R. STAMMLER, *Die Gesetzmässigkeit in Rechtsordnung und Wolkswirtschaft*, Dresden, 1902. — Et, sur *l'idée de droit* distincte de la *notion de droit*, voy. R. STAMMLER (*Notion et portée de la « volonté générale », chez Jean-Jacques Rousseau*), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1912, t. XX, p. 386-388 (§ III). — Comp. ci-dessus, p. 142, note 3 *in fine* (n° **102**).

plus d'opposer la *lex ferenda* à la *lex lata*, ni de mettre en regard du droit historiquement formé un droit créé d'une façon idéale; il s'agit de dégager un critérium formel de ces éléments intrinsèques dans le sens de l'unité (*Einheit*) et de la généralité de valeur (*Allgemeingültigkeit*)[1]. — D'où, la formule : droit naturel à contenu variable (*ein Naturrecht mit wechselndem Inhalte*), qui, rattachée aux développements précédents, paraît rendre, d'une manière frappante, la pensée maîtresse de STAMMLER[2].

105. — Cette formule manifeste, en même temps, l'attitude, qu'il entend garder, vis-à-vis de la doctrine traditionnelle du droit naturel. — A l'encontre de celle-ci, — tout en acceptant, comme point de départ et à titre de définition, que « le droit naturel est un droit qui, dans son contenu, correspond à la nature »[3], — STAMMLER n'admet pas l'idée d'un contenu de droit, toujours identique à lui-même, universel et immuable. Tout au rebours, il affirme qu'il n'existe pas un seul principe de droit, qui s'établisse ferme *a priori* dans son contenu, celui-ci étant produit par des contingences empiriques et historiques[4]. Mais, pour encadrer, déterminer et diriger ce contenu infiniment variable, avec ce qui le constitue, — soit les besoins humains et les moyens de les satisfaire, — l'on peut et l'on doit fixer une méthode formelle de valeur générale, qui lui assigne la marque de l'objectivement

1. *Wesen des Rechtes*, p. XVII. — *Richtiges Recht*, I, 1, I. p. 21-27; II, 1, I, p. 171-177. — Comp. *Theorie*, VI, 6, p. 463-470; VI, 14, p. 511-518; VI, 17-18, p. 529-541.
2. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 181. — Voy. tout le § 33, p. 180-183.
3. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 165-166 (§ 31). — *Richtiges Recht*, I, 3, I, p. 93-98. — *Wesen des Rechtes*, p. IV-VI. — *Theorie*, p. 124 (II, 4).
4. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 32, p. 172-180. — *Richtiges Recht*, p. 117 (I, 3, V). — *Wesen des Rechtes*, p. VI. — *Theorie*, p. 125 (II, 4), p. 714-715 (VIII, 14).

juste [1]. Et ceci suffit à réaliser la pensée fondamentale, éternellement vraie, du droit naturel [2], qui implique un contenu conforme à la nature du droit plutôt qu'à la nature de l'homme [3].

Tandis qu'ainsi il appuie, — notamment contre l'attaque aveugle de BERGBOHM [4], — et tout en transformant notablement son concept, la doctrine traditionnelle du droit naturel [5], STAMMLER se montre infiniment plus rigoureux à l'égard de l'École historique du droit [6], et de tous les systèmes empiriques, qu'elle semble avoir suscités.

L'École historique — qu'il synthétise tout entière dans la conception romantique d'un « *Volksgeist* », qui créerait, d'une façon mystérieuse et irrésistible, par suite échappant à toute critique, la persuasion commune d'où sort le droit positif d'un peuple donné — lui paraît surtout condamnable, en ce qu'elle n'envisage que le problème du *devenir* contingent, pour négliger celui du *devoir être* absolu, seul véritablement nécessaire. De plus, en imaginant « l'esprit du peuple », elle crée, contrairement aux lois d'une saine logique, une entité vivante, qui n'a rien d'indispensable et qui se dérobe entièrement à l'expé-

---

1. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 33, p. 180-183. — *Richtiges Recht*, p. 116-117, 118-121 (I, 3, v). — *Wesen des Rechtes*, p. vi-vii. — *Theorie*, p. 126 (II, 4), p. 547-548 (VI, 20), p. 808 (IX, 11).

2. *Richtiges Recht*, I, 3, iii, p. 104-110; comp. I, 1, ii, p. 27-32.

3. *Richtiges Recht*, p. 95 et p. 98 (I, 3, i). — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. iv-vi et dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1912 t. XX, p. 384 (*Notion et portée de la « volonté générale » chez J.-J. Rousseau*, § i).

4. K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. I Band. Einleitung. Abhandlung I. Das Naturrecht der Gegenwart, Leipzig, 1892.

5. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 168-171 (§ 32) et p. 453-454 (§ 81).

6. C'est une critique serrée de l'École historique du droit, qui semble avoir formé le point de départ des travaux philosophico-juridiques de R. STAMMLER : *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, p. 1-63 de *Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigen Doctorjubiläum*, Halle a. S., 1889.

rience; au fond, cette prétendue « âme populaire » n'est pas autre chose que l'ensemble des « particularités nationales » d'un pays donné, dont l'existence et l'importance ne sont pas niables, mais auxquelles on doit laisser un rôle secondaire, et qui, en tout cas, ne sauraient faire partie des conditions formelles, sous lesquelles seulement il est possible d'embrasser, en une unité généralisée, la matière de la vie juridique, donnée par l'histoire, vu que ces « particularités » sont bien plutôt comprises dans cette matière même [1].

Quant aux systèmes empiriques, — qui se sont multipliés à l'infini sur la base du procédé imaginatif de l'École historique, mais sans conserver le point de vue de généralisation unitaire, que donnait à celle-ci sa conception du *Volksgeist* [2], — systèmes fondés sur le sentiment général du droit, sur l'opinion des hommes au jugement sage, sur les conceptions dominantes dans une communauté juridique, sur les règles éthico-sociales de civilisation, sur la hiérarchie des intérêts, — sans parler de ceux qui s'en remettent à la libre appréciation du juge, — il est clair que STAMMLER ne saurait s'en inspirer, puisque, — indépendamment des faiblesses propres à chacun d'eux, — tous ont ce défaut commun de méconnaître la distinction capitale de matière et forme (*Stoff und Form*), et d'envisager des particularités, au lieu de rechercher une méthode conditionnante, formelle et de valeur générale [3].

Il aurait, ce semble, plus de bienveillante indulgence, voire même de sympathie intime, pour un mouvement

---

1. *Wesen des Rechtes*, p. VII-XII. — *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 56, *in fine* et § 57, p. 306-312. *Richtiges Recht*, 1, 5, II, p. 149-153. — *Theorie*, p. 388-392 (V, 9); comp. p. 146 (II, 8), p. 482 (VI, 9), p. 710 (VIII, 13), p. 775-776 (IX, 6), p. 781 (IX, 6).

2. *Richtiges Recht*, p. 152-153 (I, 5, II).

3. *Wesen des Rechtes*, p. III et p. XL-XLIII; *adde* p. XLVIII-XLIX. — Comp. *Richtiges Recht*, 1, 5, I, p. 146-149; I, 5, III, p. 153-156; I, 5, V, p. 160-168. — *Theorie*, VIII, C, §§ 9-13, p. 687-714.

d'idées, qui, suivant lui, se distingue nettement de l'École historique du droit [1], la conception matérialiste de l'histoire, dont la critique a servi de base au plus célèbre de ses grands ouvrages [2]. — C'est qu'il voit dans ce système, dont il sépare avec raison le principe des conséquences socialistes que ses promoteurs en ont déduites [3], le premier et, jusqu'alors, le seul essai, tendant à dégager l'unité et la régularité fondamentales, qui puissent assigner un cadre formel au contenu objectif de la vie sociale [4]. Le matérialisme historique — s'inspirant d'une philosophie, qui considère l'histoire de l'humanité comme un procédé mécanique à étudier d'après une méthode strictement naturelle — prétend arriver au résultat ci-dessus précisé, en posant en thèse la dépendance naturelle du droit (forme de la vie sociale), par rapport aux phénomènes sous-économiques de production et d'échange (matière et mouvement de la vie sociale); de telle sorte qu'un changement, réalisé en ceux-ci, doive, le plus souvent, par l'intermédiaire des idées, opérer un changement correspondant dans l'organisation juridique [5]. — A l'application, toutefois, pareille doctrine se montre, du point de vue d'une saine critique de la connaissance, inachevée et insuffisamment réfléchie : inachevée, parce qu'elle n'a pas déterminé critiquement les concepts fondamentaux qu'elle emploie, société, phénomènes économiques, mode social de production, etc. (se contentant habituellement d'un vague renvoi à la technique), alors pourtant qu'il s'agirait de dominer pra-

1. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, note 8, p. 632.

2. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, 1re éd., 1896; 2e éd., 1906; 3e éd., 1914.

3. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 13, p. 55 62. — *Wesen des Rechtes*, p. XIV.

4. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 15 (§ 4), p. 18 (§ 5), p. 439 (§ 78).

5. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, §§ 5-8, p. 17-34. — *Wesen des Rechtes*, p. X-XIII.

tiquement la nature dans un concours social d'efforts; insuffisamment réfléchie, en même temps, faute d'indiquer clairement quelle sorte de nécessité elle revendique pour les transformations à venir du droit, une simple vue de leur évolution ne suffisant pas à garantir la rectitude de leur contenu, qui suppose une finalité, que cette doctrine réprouve officiellement, bien que ses partisans n'hésitent pas à s'en inspirer[1]. Aussi la conception matérialiste de l'histoire aboutit-elle à des conclusions purement empiriques[2], par exemple, quand, confondant matière conditionnée avec forme générale, elle suggère comme critérium du droit la morale de classes[3]. — Mais, si elle manque, en définitive, le but qu'elle s'était proposé, il n'en reste pas moins, que son effort principal était bien dirigé, dans le sens d'un diagnostic unitaire et de valeur générale, *tout en forme.*

Ces positions, nettement prises à l'égard des systèmes capitaux, jusqu'alors proposés en matière de philosophie du droit, accentuent le point de vue critique de STAMMLER et achèvent de préciser le critérium purement formel, demeurant la clef de voûte de tout son édifice[4].

Mais, étant donné le caractère très général de ce critérium formel, qui jusqu'alors n'apparaît guère que comme une enveloppe quelque peu élastique et molle, STAMMLER devait maintenant le transformer en une armature solide et fermement posée, capable d'encadrer rigoureusement les phénomènes de la vie sociale. C'est l'objet capital de la doctrine du « droit juste » (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*)[5].

---

1. *Wesen des Rechtes*, XIV. — *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 19 (§ 5) et § 78, p. 431-440. — *Theorie*, p. 796-797 (IX, 9).
2. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, § 85, p. 470-474.
3. *Richtiges Recht*, I, 5, IV, p. 156-160.
4. Comp. encore : R. STAMMLER, *Die Gesetzmässigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft*, Dresden, 1902, §§ 3-8, p. 7-27.
5. R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902;

II

106. — Et d'abord, *quelle pensée fondamentale mettre à la base du « droit juste »*, pour synthétiser en un but précis cette forme unitaire, de valeur universelle, dont il doit revêtir la matière historique et en perpétuelle évolution, que représente l'effort commun des hommes associés en vue de la satisfaction de leurs besoins [1] ? — Ce ne sera, ni la liberté, dont l'application ne conduit qu'à un cercle vicieux ou à des antinomies irréductibles avec le concept même du droit [2], ni l'égalité, qui ne fournit qu'un développement analytique et infécond de celui-ci [3], ni le bien-être et le bonheur (fût-ce même de la généralité), où l'on ne trouverait qu'une direction subjective, à moins d'en faire une pure tautologie [4]. — Au lieu de toutes ces vieilles formules, STAMMLER nous offre « l'idéal social », qu'il s'est plu à développer avec un enthousiasme entraînant [5]. Cet « idéal social », — qui s'oppose, non seulement au « matérialisme social » du Marxisme [6], mais aussi bien à la « politique de la force » de R. von JHERING [7], et à « la poursuite de la culture », proposée par d'autres philosophes du droit [8], — est représenté, pour STAMMLER, dans le concept essentiel de « la communauté des hommes

---

principalement : Das zweite Buch. Methode des richtigen Rechtes, p. 169-308. — Comp. *Theorie*, Sechster Abschnitt. Die Idee des Rechtes, p. 437-558.

1. Comp. *Richtiges Recht*, II, 1, I-II. p. 171-187. — *Wesen des Rechtes*, p. XVIII-XXII, p. XLIII-XLV.
2. *Richtiges Recht*, p. 187-190 (II, 1, III).
3. *Richtiges Recht*, p. 190-191 (II, 1, III).
4. *Richtiges Recht*, II, 1, IV, p. 191-195.
5. Particulièrement, dans la leçon : « Vom sozialen Ideal », qui termine *Wirtschaft und Recht*, 2ᵉ éd., 1906, § 102, p. 577-601. — *Adde : ibid.*, §§ 99-100, p. 560-577 et §§ 103-105, p. 602-630.
6. *Wirtschaft und Recht*, 2ᵉ éd., 1906, p. 61-62 (§ 13).
7. *Wesen des Rechtes*, p. XXXVIII. — Comp. *Wirtschaft und Recht*, p. 480, *in fine* (§ 86). — *Richtiges Recht*, p. 28, *in fine* (I, 1, II).
8. *Theorie*, p. 515-516 (VI, 14).

voulant librement »[1], c'est-à-dire d'une société, où chacun fait siens les buts des autres, du moment qu'ils comportent une justification objective[2].

Mais la réalisation de pareil idéal — qui reste, en tant que forme, la mesure suprême du « droit juste » — exige des principes, qui puissent permettre d'élaborer la matière empirique, historiquement donnée, et, supplantant les critères subjectifs, servir de premier intermédiaire pour l'application concrète de la formule générale aux cas particuliers[3]. — Ces principes ne doivent, ni s'en tenir aux résultats d'un jugement approximatif, ni s'exprimer en préceptes concrets, mais exigent une plénitude systématique apte à garantir leur fonction capitale de sûre direction du jugement. Comme tels, on les dérivera aisément de cette observation, que la formule de « l'idéal social », se ramenant à l'union des buts individuels, contient deux directions de pensée : l'une, en faveur du maintien des intérêts propres de chaque associé, qui, de ce chef, demande pour lui la *considération* et qui doit semblable *considération* aux autres; la seconde, dans le sens de la cohérence et de la communauté de but de tous, en vue d'une solidarité d'intérêts, qui fait ici prédominer la *coopération* de tous aux buts de l'ensemble. D'où, deux pôles distincts d'attraction : d'une part, la *considération*

---

1. Entendez : libres de tout désir qui ne serait justifié que subjectivement. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 600. — Comp. R. Stammler, *Notion et portée de la « volonté générale » chez Jean-Jacques Rousseau*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1912, t. XX, p. 389 (§ IV). *Adde :* p. 385-386 (§ II).

2. *Wirtschaft und Recht*, 2e éd., 1906, p. 581 et p. 600 (§ 102). — *Richtiges Recht*, II, 1, v, p. 196-200. — *Wesen des Rechtes*, p. xxxviii-xl. — *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlin, 1897, §§ 10-12, notamment p. 41, p. 43, p. 45, p. 47. — *Theorie*, VI, 7, p. 470-475.

3. *Richtiges Recht*, II, 2, i, p. 201-204. — *Wesen des Rechtes*, p. xlviii-l.

de l'individu dans son vouloir juridique (chacun doit porter sa propre charge), d'autre part, la *coopération* de tous à l'objet commun des efforts (que l'un porte la charge de l'autre). — Et, comme l'adaptation de cette double direction aux questions juridiques concrètes se fait par le moyen des rapports de droit, d'où résultent les droits et devoirs de chacun, tant dans le domaine individuel que dans la sphère sociale, on aperçoit, du point de vue d'une généralité formelle, que cette question d'adaptation se posera, tantôt pour la création ou le maintien, soit plus simplement pour l'*existence*, tantôt pour le *développement* à poursuivre, des rapports juridiques[1].

Ainsi, s'érigent deux séries de *principes « du droit juste »*, dont chacune comprend deux termes.

I. D'une part, ce sont les principes de la *considération* (*die Grundsätze des Achtens*), qui, tendant à protéger la volonté propre, de celui qui s'oblige juridiquement, dans sa liberté et sa faculté d'auto-détermination, s'énoncent en ces termes : « 1. *Le contenu d'une volonté ne saurait être abandonné à l'arbitraire d'un autre.* — 2. *Une prétention juridique ne doit subsister qu'à la condition que l'obligé puisse encore rester, à soi-même, le prochain* »[2]. — Ces deux formules ont pour résultat commun de faire obstacle à ce que le sens d'un précepte juridique soit de sacrifier pleinement un associé aux buts purement subjectifs d'un autre, de telle sorte qu'il devrait nécessairement accomplir et qu'il aurait à tenir pour sa loi suprême les buts personnellement limités de l'autre partie. — Or, cette direction formelle de pensée se rencontre, tant en ce qui touche *l'existence* même d'une obligation (par exemple : limita-

1. *Richtiges Recht*, II, 2, II, p. 204-208. — *Wesen des Rechtes*, p. L, *in fine* et p. LI-LII.

2. C'est-à-dire que chacun doit rester *son propre but*, pour rendre possible la *volonté juste*. Voy. là-dessus : *Richtiges Recht*, p. 285 (II, 5, III). — Comp. ci-après, p. 159, note 2 (n° **106**).

tion de la liberté de contracter, par les bonnes mœurs), que quant au *développement* des rapports de droit qui en proviennent (ex. : principe que le débiteur doit exécuter sa prestation, en toute fidélité et bonne foi [*nach Treu und Glauben*])[1].

II. D'autre part, se présentent les principes de la *coopération* (*die Grundsätze des Teilnehmens*), qui mettent en œuvre cette pensée, incluse dans « l'idéal social », que le précepte juridique, unissant les individus en vue d'une lutte commune pour l'existence, ne saurait, sans se contredire soi-même, imposer des devoirs exclusivement à celui qu'il soumet au concours social des efforts. Ce qui, appliqué tant à l'existence qu'au développement des rapports de droit, se traduit dans les formules suivantes : « 1. *Celui qui est juridiquement uni aux autres ne peut être exclu arbitrairement de la communauté.* — 2. *Un pouvoir de disposition juridiquement concédé ne peut être exclusif, qu'en ce sens que celui, qu'il exclurait, puisse encore rester, à soi-même, le prochain* »[2]. — D'où se dégagent de nombreuses conséquences, depuis les cas de détresse extrême, où l'individu serait seul à lutter pour son existence, jusqu'aux plus petits détails du commerce juridique, se manifestant dans les questions relatives à la validité des clauses de concurrence ou des ententes pour mise à l'index[3].

Il faut, d'ailleurs, se garder de croire que les principes du « droit juste » soient, comme des textes légaux d'un caractère général, qui exprimeraient des préceptes juridiques compréhensifs ou révéleraient les fondements de l'organisation sociale. Ce ne sont que des lignes de direction méthodiques, s'adaptant à une matière, historiquement donnée et perpétuellement changeante au

1. *Richtiges Recht*, II, 2, III, p. 208-210. — *Wesen des Rechtes*, p. LI.
2. Toujours dans le sens d'un *but à soi propre*, pour rendre possible *la volonté juste*. Voy. *Richtiges Recht*, p. 285 (II, 5, III). — Comp. ci-dessus, p. 158, note 2 (n° **106**).
3. *Richtiges Recht*, II, 2, IV, p. 211-213. *Wesen des Rechtes*, p. LI.

sein du mouvement social pour la soumettre à la propriété formelle de la justesse. Aussi n'interviennent-ils, qu'en vue de limiter le règlement extérieur de volonté, que constitue toute disposition juridique, et de lui assigner, de façon catégorique, suivant une distinction exhaustive et exclusive, l'estampille de la justesse ou le stigmate de la non-justesse[1].

107. — Toutefois, ces principes du « droit juste », directement déduits de « l'idéal social », demeureraient encore, à eux seuls, trop abstraits, trop éloignés de la vie pour être moulés facilement et avec profit sur les variétés infinies des hypothèses concrètes. Entre celles-ci et les principes, STAMMLER interpose, comme un nouvel intermédiaire, et à titre de chaînon méthodique, *le modèle typique du « droit juste »*, qui, doué de valeur générale, mais en même temps d'une plus grande souplesse d'application, rendra aisé et sûr le passage de la théorie à la pratique, pour permettre ensuite un jugement fondé dans les cas particuliers[2]. — Il s'agit, essentiellement, pour STAMMLER, quand il parle d'un modèle typique du « droit juste », de se représenter, en pensée, entre les parties dont les droits sont à débattre, une société séparée *(Sondergemeinschaft)*, où chacun apporte ses volontés et prétentions, réciproquement discutées, et entre lesquelles les principes du « droit juste » permettront seuls de faire un choix objectif[3]. — Dans cette société particulière, comme pour les principes du « droit juste », la notion du « *prochain* » joue un rôle important. Elle se traduit en une série de cercles concentriques, tracés autour de l'individu, et qui

1. *Richtiges Recht*, II, 2, v, p. 213-215; comp. p. 212-213 (II, 2, iv). — *Wesen des Rechtes*, p. LI-LII ; comp. p. XLVIII. — *Theorie*, VIII, 7, p. 676-682.
2. *Richtiges Recht*, II, 5, I, p. 276-280.
3. *Richtiges Recht*, II. 5, II, p. 281-284. — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. LIII. — Rappr. *Theorie*, VI, C, §§ 9-13, p. 481-511.

marquent les degrés relatifs des sphères d'intérêts où il se meut[1]. Et, comme toute règle de droit tend à imposer au sujet une certaine attitude (faire ou ne pas faire), qu'on peut génériquement dénommer prestation (*Leistung*), il y aura lieu, dans l'application, de séparer les prestations fournies par chacun, soit avec sa propre personne, soit relativement à son patrimoine, soit quant aux personnes qui lui sont juridiquement confiées (famille), en observant que les prestations patrimoniales soulèvent la grave question de la valeur objective des choses[2]. — Dans le domaine de la législation (politique *hoc sensu*), la mise en œuvre de toutes ces idées aboutira à reconnaître certains postulats généraux : postulat de la sécurité du droit, postulat de la personnalité, postulat de la sollicitude générale, postulat de la mesure. Dans le domaine de l'administration de la justice pénale ou civile, il s'agira d'en tirer une direction, à la fois formelle et réelle, qui permette de soumettre les faits aux critères juridiques décisifs[3].

Enfin, il n'est pas moins important de considérer la variété des *moyens par lesquels se réalise le « droit juste »*[4]. Soit que le pouvoir social intervienne d'autorité pour diriger l'ensemble des efforts communs, ou qu'il abandonne aux particuliers le libre règlement de leurs rapports juridiques (*Einheitswirtschaft und freie Beiträge*)[5]. Soit

---

1. *Richtiges Recht,* II, 5, III. Wer ist mein Nächster, p. 285-291. — On remarquera notamment (p. 286) la fine allusion, que fait ici Stammler à la parabole évangélique du « bon Samaritain ». Comp. *Théorie*, p. 136 (II, 6).

2. *Richtiges Recht*, II, 5, IV, p. 292-298.

3. *Richtiges Recht*, II, 5, V, p. 299-308. — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. LIV.

4. *Richtiges Recht*, II, 4. Die Mittel des richtigen Rechtes, p. 245-275.

5. *Richtiges Recht*, II, 4, I, p. 245-252. — *Theorie*, p. 592 (VII, 8).

que le législateur pose lui-même les principes, — les uns abstraits, les autres casuistiques, — ceux-ci raides, ceux-là souples, — destinés à solutionner, au sens juste, les différends, ou bien qu'il abandonne aux juges, voire aux parties elles-mêmes, le soin de rechercher et de trouver la juste décision de chaque cas particulier (*Gerechtigkeit und Gelindigkeit*)[1]. — Tantôt aussi, on pourra, sans inconvénients, subordonner le droit à toutes ses exigences *réelles*, tantôt, au contraire, il paraîtra plus opportun, afin de mieux atteindre le but, d'en simplifier les conditions moyennant une *forme artificielle*, comme dans l'institution des livres fonciers, dans celle de la prescription, et dans toute la procédure (*wirkliches und förmliches Recht*)[2]; parfois même, on consacrera consciemment le droit non juste, en raison de nécessités de fait, qui empêchent l'application effective du « droit juste », et pour ne pas exposer au doute le caractère inviolable de la contrainte juridique, au risque de troubler ainsi la source même du droit (*bewust unrichtiges Recht*)[3]. — Sans parler du silence du législateur, qui demeure souvent le moyen suprême — indispensable et non moins efficace — d'assurer la mise en œuvre du « droit juste », puisque, s'il est des lacunes possibles dans les *formules* de celui-ci, il n'en saurait exister dans son essence et quant à la mission qui lui incombe, d'établir, en chaque cas particulier, ce que requiert « l'idéal social », suivant la pensée fondamentale, qui domine toute organisation juridique et en fait un essai de contrainte vers le juste objectif[4].

1. *Richtiges Recht*, II, 4, II, p. 252-261. — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. LII-LIII, p. LV-LVI, p. LVII.

2. *Richtiges Recht*, II, 4, III, p. 262-268.

3. *Richtiges Recht*, II, 4, IV, p. 268-271. — Comp. *Wesen des Rechtes*, p. LVIII.

4. *Richtiges Recht*, II, 4, V. Lücken im Rechte, p. 271-275. — Voy. aussi *Théorie*, VII, 16-17, p. 641-652. — Et, rappr. ce qui a été dit ci-dessus, p. 145-148 (**103**).

108. — Reste à montrer que cette doctrine du « droit juste » n'est pas un simple schème théorique, qu'elle s'adapte, sans obstacles insurmontables, à la pratique, pour y développer des résultats solides et riches. — C'est à quoi s'est efforcé STAMMLER, dans le troisième livre de son œuvre maîtresse : *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, où, sous cet intitulé : la Pratique du droit juste *(Praxis des richtigen Rechtes)*, il nous présente l'application de la théorie qui précède aux domaines les plus notables de la vie juridique, qu'il a séparés comme il suit, d'après une vue synthétique, toute personnelle, de l'ensemble du droit privé : Juste développement des rapports de droit supposés établis. — Les limites de l'autonomie de la volonté ou de la liberté de contracter. — Devoirs imposés par le droit juste. — La précision d'un juste contenu d'acte juridique. — Terminaison fondée de rapports de droit [1].

Il ne saurait être question de résumer ici cette partie, d'ailleurs absolument capitale, de l'œuvre de STAMMLER, d'où se dégage l'impression la plus nette du fonctionnement de sa méthode, ingénieusement maniée et appuyée tant aux textes romains qu'à ceux de la récente législation d'Empire [2].

Mais, pour achever d'offrir cette méthode, en sa féconde plénitude et sous son aspect le plus favorable, — tout au moins, en vue d'en faciliter l'accès au public juridique français, — je voudrais seulement, de cet ensemble imposant d'applications, détacher une série particulièrement intéressante, à mes yeux, et, sans prétendre l'exposer dans toute son ampleur, signaler simplement pas à pas la suite de ses développements, en attirant spécialement

---

1. *Richtiges Recht*, Das dritte Buch. Praxis des richtigen Rechtes, p. 309-598.

2. Voy. notamment : *Richtiges Recht*, Das dritte Buch, Vorerinnerung, p. 311-315.

l'attention sur ceux qui mettent le mieux en lumière le jeu effectif de la doctrine.

Je choisirai, dans ce but, le problème des « *limites de la liberté de contracter* », auquel Stammler a consacré la seconde section du troisième livre de sa doctrine du droit juste, et qu'il nous signale, au début de cette section, comme un thème jusqu'alors peu vigoureusement élaboré, dans le sens de solutions, qui seraient fermement étayées sur les principes et déduites en une procédure probatoire bien assurée ; de sorte que la pensée unitaire, sous laquelle devraient être rangés les cas litigieux, reste nébuleuse, que la réponse aux questions soulevées ici par la pratique semble sortir d'impressions purement personnelles et que les différentes solutions ne se ramènent à aucun ensemble cohérent. — Le professeur de Halle prétend bien que la doctrine du « droit juste » va combler ces lacunes et redresser ces défectuosités[1]. Il s'essaie à en faire l'épreuve, en procédant de la façon que voici.

109. — Tout d'abord, sont présentées certaines considérations générales, touchant l'institution qu'il s'agit d'approfondir dans sa portée pratique.

La liberté des contrats, ou plutôt même des actes juridiques (souvent appelée chez nous : autonomie de la volonté), — que Stammler comprend dans les libres concours *(freie Beiträge)* opposés à la réglementation unitaire *(Einheitswirtschaft)*, — apparaît, *a priori*, comme un des moyens du « droit juste »[2]. Aussi offre-t elle le caractère d'une institution universelle, bien que, le plus souvent, consacrée, d'une façon implicite ou partielle, par les lois positives[3]. — Non moins universelle se présente

1. *Richtiges Recht*, p. 387 (III, 2, I).
2. Voy. ci-dessus, p. 161, texte et note 5 (n° **107**).
3. *Richtiges Recht*, p. 388-389 (III, 2, I) ; comp. II, 4, I, p. 245-252.

la nécessité de fixer des limites à cette liberté, en vue d'assurer le règne du « droit juste », au milieu du conflit des intérêts [1].

Si l'on veut pénétrer à fond ces limites, on est amené à en distinguer de deux sortes, qui correspondent, à leur tour, à deux nouveaux moyens du « droit juste » : le droit strict (*gerechtes Recht* ou *Gerechtigkeit*), fixé en forme technique par le pouvoir social, et le droit souple ou adouci (*gelindes Recht* ou *Gelindigkeit*), qui laisse place, pour sa précision, à une appréciation de ceux qui l'appliquent [2]. — En effet, à côté des limites étroitement légales à l'autonomie des volontés, s'en rencontrent d'autres, que permettra, seule, de fixer la notion générale du « droit juste ». Et cette distinction se traduit nettement, par exemple, dans le rapprochement des §§ 134 et 138, al. 1 du Code civil allemand de 1896, le premier condamnant les actes juridiques qui se heurtent à une défense légale (*das gegen* EIN GESETZLICHES VERBOT *verstösst*), de sorte qu'il s'agisse, pour les déterminer, d'une simple adaptation technique, le second déclarant nuls ceux qui portent atteinte aux bonnes mœurs (*das gegen* DIE GUTEN SITTEN *verstösst*), celles-ci n'étant autre chose que les principes du « droit juste » [3]. — Au surplus, il importe d'y insister, la seconde catégorie, comme la première, suscite, à notre point de vue, une question, non de morale, mais de droit proprement dit, puisqu'il s'agit simplement de juger une attitude extérieure, sans pénétrer les sentiments intimes [4].

En définitive, et d'après les observations qui précèdent,

1. *Richtiges Recht*, p. 389 (III, 2, I).
2. *Richtiges Recht*, p. 389-390 (III, 2, I); comp. II, 4, II, p. 252-261 et ci-dessus, p. 162, texte et note 1 (n° **107**).
3. *Richtiges Recht*, p. 390 (III, 2, I); comp. p. 46-49 (I, 1, V).
4. *Richtiges Recht*, p. 390-393 (III, 2, I) ; comp. p. 52-53 (I, 2, I), p. 57 (I, 2, II), p. 63-64 (I, 2, II), p. 70 (I, 2, III), p. 76-77 et p. 81-83 (I, 2, IV).

le problème capital, que soulève, *en vue de l'application de la doctrine du « droit juste »*, cette question des limites de la liberté de contracter, peut s'énoncer ainsi : « Comment sommes-nous en situation d'établir, pour les actes juridiques, qui portent atteinte aux *bonnes mœurs*, une adaptation méthodique du modèle typique du « droit juste » suivant ses principes ? »[1]. — Mais, pour déterminer plus nettement encore ce domaine d'investigation, il paraît nécessaire de jeter un regard sur les actes juridiques, qui se heurtent à une prohibition légale. Et, auparavant même, il convient d'attirer l'attention sur quelques points de nature à mieux fixer l'étendue du problème[2].

Se plaçant à ce dernier point de vue, STAMMLER s'attache, d'abord, à préciser ce qu'il faut entendre par le contenu de l'acte juridique soumis à la critique[3]. Ce contenu n'a rien à faire avec l'origine de l'acte, qui s'apprécie comme dépendant des devoirs du « droit juste »[4]. Il comprend essentiellement, avec l'objet proprement dit, de la volonté juridique, les conditions qui s'y rattachent intimement[5]. Il est plus délicat d'en séparer les motifs ou mobiles de la volonté, qui, indifférents en eux-mêmes (ex. : prêts ou cautionnements destinés à faciliter le jeu; vente d'armes à celui qui, au su du vendeur, projette un meurtre; contrats relatifs aux maisons de débauche), entraîneront pourtant, d'après les principes du droit juste, la nullité de l'acte, lorsqu'ils s'analyseront en une connivence tendant à frauder les tiers (ex. : paiement d'un vendeur, qui le sait, avec de l'argent volé; acceptation de la donation d'une chose obtenue par délit), ou lorsqu'ils manifesteront l'intention de paralyser l'exécution d'engagements régulièrement contractés (ex. : achat

1. *Richtiges Recht*, p. 393 (III, 2, I).
2. *Richtiges Recht*, p. 393 (III, 2, I).
3. *Richtiges Recht*, p. 393-398 (III, 2, I).
4. *Richtiges Recht*, p. 394 (III, 2, I). — Rappr. III, 3, p. 447-496.
5. *Richtiges Recht*, p. 393-394 (III, 2, I).

d'une chose mobilière qu'on sait déjà vendue, mais non livrée)[1]. — D'autre part, il y a lieu de distinguer les cas, où le contrat sera tout entier sous le coup de la réprobation juridique, de ceux où celle-ci n'en atteindra que certaines clauses, ce qui laisse subsister, en principe, le reste du contrat, sous réserve de quelques difficultés particulières [2]. — Enfin, il importe d'observer que les règles, qui condamnent comme illicites certains actes juridiques, peuvent s'étendre à de simples faits générateurs de droit, qui heurteraient les mêmes prohibitions, comme dans le cas de la photographie irrégulièrement obtenue de la dépouille mortelle du prince de Bismarck [3].

Ces observations faites, STAMMLER passe en revue les principales prohibitions légales, qui menacent les actes juridiques. Il s'agit, ici, de dispositions, édictées suivant la conception du juste admise en moyenne par le législateur, et que le juge doit appliquer comme catégoriquement justes. Aussi la mise en œuvre de ces dispositions est-elle pure affaire de technique. Et la tâche du philosophe du droit, qui travaille en vue de la pratique, se réduit à les répartir en groupes, dont il présentera la pensée fondamentale et qu'il expliquera au moyen d'exemples [4].

C'est ce que vise à faire STAMMLER, en distinguant ici trois classes de prohibitions légales, entre lesquelles se partagent les applications les plus notables du principe, déduites des lois romaines ou des lois allemandes modernes, voire simplement suggérées par la pratique du droit contemporaine : 1° Prohibitions directes de certains actes juridiques par la loi civile, telles que la prohibition d'opéra-

---

1. *Richtiges Recht*, p. 394-398 (III, 2, I).
2. *Richtiges Recht*, p. 398-400 (III, 2, I).
3. *Richtiges Recht*, p. 400 (III, 2, I) cbn. p. 146 (I, 5, I). — Rappr. R. STAMMLER, *Praktikum des bürgerlichen Rechts*, 2 A., Leipzig, 1903, p. 230-232 (4, XXXIII).
4. *Richtiges Recht*, p. 401 (III, 2, II).

tions usuraires suivant le § 138, al. 2 du Code civil allemand, celle de contrats tendant à des prestations impossibles ou à des *res extra commercium* et les nombreuses prohibitions particulières du *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896 (ex : §§ 248, 310, 312, 1229, 1714, 2302, 925, 1019, 1433, 2065, 1297); sans parler de l'annihilation des actes accomplis *in fraudem legis*, qu'on peut tenir pour formulée implicitement par les dispositions dont la fraude serait entreprise [1]. — 2° Prohibitions résultant des lois pénales, qui atteignent, soit les actes juridiques, par lesquels on provoquerait ou favoriserait un délit, soit les concours réalisés en vue d'une action punissable, et dont il faut séparer avec soin les actes qui restent licites bien que l'une des parties se rende, en les accomplissant, passible d'une peine (ex. : vente au mépris du repos hebdomadaire imposé par la loi; — aliénations d'objets saisis; — etc.) [2]. — 3° Dispositions par lesquelles le législateur veut détourner de certains actes juridiques, en donnant une importance particulière à telles ou telles lois; ce qui met en jeu la notion démodée d'ordre public et fait condamner notamment les contrats tendant à obtenir le divorce au moyen de faits faussement allégués et reconnus, les fiançailles consenties à un tiers par une personne actuellement mariée, les contrats tendant à imposer à un limonadier certaines brasseries d'une façon indéfinie et irrévocable, les conventions ayant pour objet de contraindre au silence sur des faits publiquement condamnables ou de faire payer un devoir social [3].

Tous ces développements, concernant les prohibitions légales, qui peuvent atteindre les actes juridiques, ont pour résultat de resteindre les prohibitions, issues de la seule notion des bonnes mœurs, en en séparant les cas où

---

1. *Richtiges Recht*, p. 401-404 (III, 2, II).
2. *Richtiges Recht*, p. 404-405 (III, 2, II).
3. *Richtiges Recht*, p. 406-409 (III, 2, II).

un texte précise ou limite l'appréciation à faire, ce qui non seulement assure une pleine portée technique aux formules légales, mais encore, indépendamment même de certaines dispositions particulières du Code civil allemand (§§ 309 et 134), entraîne des différences entre les deux sortes de prohibitions, sur le terrain du domaine législatif où elles auront vigueur (lois locales), en droit international privé, et au point de vue du moment de l'entrée en force de la défense[1]. — D'une façon générale, il est clair que les prohibitions, qui résultent du « droit juste », représenté ici par les bonnes mœurs, auront une portée d'application plus étendue que celles qui doivent leur consécration au texte légal. Aussi bien, ces dernières intéressent-elles plutôt la technique du droit que la doctrine du « droit juste » à proprement parler[2].

110. — Par suite, STAMMLER insistera davantage sur les actes juridiques, contraires aux bonnes mœurs, et dont la condamnation, étrangère à la morale pure, n'a vraiment son fondement que dans les règles du « droit juste »[3]. Après avoir signalé l'essai insuffisant d'une classification systématique de ces actes, qu'avait proposée GRUCHOT[4], il va tenter, à son tour, de les schématiser, d'après les principes du « droit juste », qu'il a formulés plus haut et suivant la méthode d'application de ces principes aux cas concrets, qu'il a également établie, notamment sur le modèle typique d'une société particulière supposée entre les parties intéressées à la validité de l'acte[5].

Il commence par régler, en quelques mots, les parti-

---

1. *Richtiges Recht*, p. 410-415 (III, 2, III).
2. *Richtiges Recht*, p. 415 (III, 2, III).
3. *Richtiges Recht*, 415-416 (III, 2, III).
4. *Richtiges Recht*, p. 416-417 (III, 2, III).
5. *Richtiges Recht*, p. 417 (III, 2, III). — Comp. ci-dessus, p. 157-161 (n^os^ **106-107**).

cularités, précédemment signalées, des cas, où une disposition isolée (mais non l'ensemble) de l'acte juridique contrevient aux principes essentiels du « droit juste », — particularités dont la plus notable est visée au § 139 du Code civil allemand [1]. — Cela fait, il s'arrête aux hypothèses, plus générales, d'un acte juridique à annuler tout entier comme contraire aux bonnes mœurs. Dès l'abord, il signale que, dans ces hypothèses, où il s'agit de l'existence même de l'acte (non simplement de son exécution), les principes de la *considération* et de la *coopération* interviennent sous leur première forme [2], pour attester que, ni dans les obligations qu'on lui impose, ni par son exclusion de la vie sociale, une partie ne saurait être abandonnée à l'arbitraire de l'autre, sans avoir à distinguer, suivant la technique du droit établi, si ce résultat est visé sous forme de droit réel ou sous forme de droit de créance [3].

Et maintenant, si l'on observe que pareil résultat, — provenant, soit d'une exploitation des contractants l'un par l'autre, soit d'une connivence de ceux-ci contre un tiers, — se traduit en des prestations imposées, tantôt à la personne même, tantôt à ceux qui lui tiennent de près, ou parfois grevant simplement le patrimoine, — et qui tendent à un fait ou à une omission, — on obtient, par la combinaison de ces modalités un schéma d'hypothèses qu'il ne restera qu'à remplir [4].

Pour ce faire, STAMMLER va envisager successivement les actes juridiques illicites, qui tendent à un fait, puis ceux qui imposent une abstention [5].

I. — A. — Au premier rang des actes juridiques, tendant à un fait, que les principes du « droit juste » condamnent

1. *Richtiges Recht*, p. 418-421 (III, 2, III).
2. Voy. ci-dessus p. 158-159 (n° **106**).
3. *Richtiges Recht*, p. 417-418 (III, 2, III).
4. *Richtiges Recht*, p. 421 (III, 2, III, *in fine*).
5. *Richtiges Recht*, III, 2, IV-V. Unzulässige Rechtsgeschäfte auf ein Tun : p. 421-434 ; — auf ein Unterlassen : p. 434-446.

comme illicites, se présentent ceux qui auraient pour objet de remettre la propre personne d'une des parties à l'arbitraire et aux exigences de l'autre. De pareils actes se heurtent au desideratum de la considération personnelle, et, s'ils émanent, en apparence, de la volonté même de l'assujetti, ils nous montrent que celui-ci a abdiqué son vouloir entre les mains de l'autre, qu'il s'est mis pleinement à sa disposition. Cet abandon contredit manifestement l'idée d'une société particulière, où chacun doit tenir l'autre pour un but à lui-même propre. Le droit ne saurait tolérer semblable contradiction[1]. — Ainsi, se trouvent prohibés, comme contraires aux bonnes mœurs, l'esclavage sous toutes ses formes, la mise en loterie de sa propre personne, le pacte obtenu par Shylock dans *le Marchand de Venise*, une promesse de se laisser battre comme contre-partie d'un engagement reçu d'autre part, les contrats encourageant l'alcoolisme, le *contractus cum meretrice* et tous autres engagements sexuels en dehors du mariage, les conventions entravant la liberté religieuse[2]. — Des dictinctions sont à faire, en d'autres cas, ainsi : — quant au contrat de nourrissage, valable en principe à moins qu'il ne tende à sacrifier le propre enfant de la nourrice au nourrisson qu'elle accepte ; — quant aux contrats de services, mettant en danger la vie de l'engagé (contrats avec marins, guides de montagne, toréadors ou toreros), qui vaudront ou non suivant le but poursuivi ; — quant aux dispositions faites par quelqu'un de son cadavre, nulles en principe et à moins qu'elles ne se justifient par l'intérêt suprême du progrès[3].

B. — Pas plus qu'on ne peut ainsi abandonner à un tiers sa propre personne, pas plus on ne peut valable-

1. *Richtiges Recht*, p. 421-422 (III, 2, IV).
2. *Richtiges Recht*, p. 422-425 et p. 426-427 (III, 2, IV).
3. *Richtiges Recht*, p. 425-426 (III, 2, IV).

ment s'obliger à une prestation visant des personnes qui sont juridiquement confiées au promettant. — C'est ainsi que doivent être réprouvées les conventions dérogeant aux principes légaux sur l'éducation religieuse des enfants ; de même que le droit romain classique condamnait les fiançailles de deux enfants décidées par leurs pères seuls. — En ce qui touche les contrats, relatifs à l'éducation des enfants, conclus entre les parents, ils ne portent atteinte aux principes du « droit juste », que s'ils excèdent les mesures simplement prescrites dans l'intérêt de l'enfant à élever et sont dictés par les convenances subjectives du détenteur de la puissance parentale ou du tuteur. — Semblablement, pour les contrats, par lesquels les parents abandonnent leurs enfants à des tiers, la nullité s'impose, toutes les fois que la personne de l'enfant est remise à la volonté arbitraire du cocontractant [1].

C. — Si, maintenant, nous passons aux engagements positifs, par lesquels une personne se laisserait patrimonialement exploiter, nous en relèverons trois catégories bien distinctes, qui, sauf quelques précisions à faire, tomberont sous le coup de la réprobation du « droit juste » : — *a*) En premier lieu, l'exploitation usuraire, en dehors des conditions du § 138, al. 2 du Code civil allemand, qui la frappe d'une prohibition légale (cbn. § 134 B. G. B.), et du moment que le promettant serait mis, comme un instrument passif, à la disposition de l'autre partie ; telle qu'on la rencontre, par exemple, dans certaines donations rémunératoires, dans les prêts consentis par des brasseurs à des débitants peu fortunés et de façon à mettre ceux-ci à la discrétion des premiers ; à quoi se rattachent aussi certaines conventions lésionnaires. Encore faut-il, pour mériter la prohibition, qu'il y ait exploitation du débiteur ; ce

1. *Richtiges Recht*, p. 427-429 (III, 2, IV).

qui implique que le créancier connaît la situation[1]. — *b*) Secondement, l'abandon de certains éléments patrimoniaux au plein arbitraire d'un tiers, tel qu'il se pourra rencontrer, par suite d'indétermination de l'obligation, ou dans les stipulations du contrat de travail qui laissent les amendes d'atelier à la discrétion du patron, ou encore dans certaines clauses des engagement théâtraux permettant au directeur de retenir arbitrairement, en des cas prévus, les honoraires des artistes. Toujours faut-il voir s'il y a bien spéculation sur autrui[2]. — *c*) Enfin, les actes juridiques tendant à déterminer l'accomplissement d'un devoir au moyen d'un paiement, soit qu'il s'agisse d'un devoir imposé par un texte légal, soit même, en dépit du doute possible ici, que ce soit un devoir résultant seulement du « droit juste », attendu que, dans les deux cas, l'idée du devoir juridique est en contradiction avec la convention ayant pour objet de procurer ce devoir, convention qui suppose celui-ci remis à l'arbitraire du créancier[3].

II. — En principe, il est permis de renoncer à une faculté, qui nous appartient, de par la nature ou la loi. Mais, si cette renonciation dépend de la volonté arbitraire de celui envers qui on s'engage, nous sommes en présence d'actes juridiques tendant à une abstention, qui, le plus souvent, contrarient les principes du « droit juste ». Et ici, se pourra bien rencontrer cette particularité notable, que plusieurs personnes se soient unies pour amener l'obligé à une situation aussi dépendante. — Quoi qu'il en soit, les hypothèses, qui se rattachent à cet ordre d'idées, comportent le même classement que les cas d'actes juridiques illicites, tendant à un fait[4].

---

1. *Richtiges Recht*, p. 429-431 (III, 2, IV).
2. *Richtiges Recht*, p. 431-432 (III, 2, IV).
3. *Richtiges Recht*, p. 432-434 (III, 2, IV).
4. *Richtiges Recht*, p. 434 (III, 2, V, *initio*).

A. — Ce seront donc, d'abord, des actes juridiques, par lesquels une partie restreindrait sa propre personnalité. Tels : la renonciation d'une personne à sa capacité d'exercice des droits, ainsi par l'établissement d'une curatelle volontaire; les contrats supprimant ou limitant arbitrairement la liberté de coalition ; une clause de bail empêchant le preneur, sous peine de congé immédiat, d'appeler, même en cas de besoin, un médecin approuvé ; les conventions tendant à entraver la liberté de choix du domicile (par exemple d'un homme marié vis-à-vis des parents de sa femme); les renonciations à la faculté de s'adresser aux tribunaux sans le dédommagement d'un compromis ; les limitations à la faculté de se marier, comme les pratiquent certaines familles de haute noblesse ; la renonciation à une faculté de dédit légalement consacrée, notamment pour le mariage, à la suite de fiançailles, et au cas d'une grossesse survenue, du fait d'un tiers, chez la fiancée[1]. — Toutefois, STAMMLER ne considère pas comme une limitation arbitraire de la personnalité les engagements pris, sous clause pénale, envers une société de tempérance ; et il les tient pour valables, comme contractés dans l'intérêt d'une vie sociale régulière, du moins si la clause pénale ne réprime qu'un usage immodéré de l'alcool[2].

B. — Il faut signaler ensuite, du moins à titre de possibilité théorique, parmi les prohibitions qui s'imposent en dehors de textes légaux, celle des actes juridiques tendant à l'omission des soins dus aux personnes qui nous sont confiées, ou à la négligence de proches à la direction

1. « En tant qu'on prétend établir ainsi une obligation au mariage, on heurte le premier principe de la *considération ;* en tant qu'il y a là exclusion du droit de dédit, c'est une atteinte au principe de la *coopération* ». *Richtiges Recht*, p. 436-437 (III, 2, v). Rappr. ci-dessus, p. 157-160 (n° **99**). — Et pour tous les développements du texte, voy. *Richtiges Recht*, p. 434-437 (III, 2, v, 1).

2. *Richtiges Recht*, p. 435 (III, 2, v).

desquels la loi ne pourvoit que d'une façon incomplète [1].

C. — Mais la catégorie, la plus importante, des engagements de ne pas faire, exposés à la réprobation du « droit juste », se réfère aux cas, où l'abstention, de telle ou telle activité patrimoniale, est remise, par l'effet d'actes juridiques, à la discrétion d'un autre que l'intéressé, soit qu'une partie consente à être exclue de la *coopération* sociale à la libre fantaisie de l'autre, soit que les contractants s'entendent pour en exclure les tiers suivant leurs propres volontés. Il est clair que, dans ces conditions, les principes et le modèle du « droit juste » trouveront, le plus souvent, une application spontanée [2]. Aussi STAMMLER se borne-t-il à passer en revue les principales hypothèses suggérées par la pratique, en signalant simplement les motifs d'hésitation ou de doute, que soulèvent quelques-unes d'elles [3]. — Ainsi, il condamne les pactes tendant à altérer la liberté des enchères (*pacta de non licitando;* comp. art. 412, al. 2 C. pén. français de 1810), toutes les fois qu'ils présentent un abus, soit dans les rapports réciproques des contractants, soit à l'égard du licitant [4]. — Il est conduit à des distinctions plus nombreuses, qu'il nous offre en une série d'espèces, pour apprécier, du même point de vue, les clauses de concurrence, visant à limiter la faculté pour une personne d'exercer tel métier, telle profession, telle branche d'activité sociale, incomplètement caractérisées par le § 74 du nouveau Code de commerce allemand, et qui ne paraissent devoir être annulées que lorsqu'elles paralysent largement, de façon arbitraire et sans motif économiquement ou socialement plausible, la libre activité de chacun [5]. — Par contre, il apprécie rigoureusement les conventions tendant à couper les relations

1. *Richtiges Recht*, p. 437 (III, 2, v).
2. *Richtiges Recht*, p. 437-438 (III, 2, v).
3. *Richtiges Recht*, p. 438 (III, 2, v).
4. *Richtiges Recht*, p. 438-439 (III, 2, v).
5. *Richtiges Recht*, p. 439-442 (III, 2, v).

économiques d'un rival, dans une pensée d'hostilité méchante, et il réprouve sans rémission, comme manifestement contraires aux principes du « droit juste », les pratiques du boycottage ou de la mise à l'index[1]. — Enfin, et toujours sous le même angle, il arrête son attention sur les cartels, comptoirs, syndicats, trusts, et tous autres groupements, prétendant, chacun dans sa sphère, réagir contre l'anarchie de la production et de l'échange. Après avoir signalé, d'un côté, leurs avantages économiques, qui les rapprochent de certains moyens du « droit juste », de l'autre, les dangers, qui proviennent de leur source, essentiellement subjective, et qui en peuvent faire des instruments d'oppression, soit des associés eux-mêmes, soit des consommateurs, après avoir observé que les textes romains, relatifs à des pratiques analogues, ne fournissent aucune lumière pour notre jurisprudence actuelle, il décide que les cas particuliers de ces groupements ne pourront être appréciés que d'après les circonstances concrètes et suivant les principes de la *coopération*. D'une part, on ne saurait admettre qu'un membre individuel du groupement soit privé de sa propre participation à la vie économique, pour dépendre de l'arbitraire des autres. D'autre part, la nullité devrait atteindre aussi les ententes industrielles, dirigées par leurs auteurs contre les tiers (consommateurs ou autres), pour mettre ceux-ci à la discrétion des premiers, au lieu de viser une juste régularisation des efforts communs. En définitive, il importe de se souvenir, ici, que l'individu, non seulement a tout reçu de la société, mais obtient encore constamment d'elle; ceci reconnu, on ne saurait concevoir qu'il fît appel à la société pour prendre précisément une attitude directement contraire aux fins sociales[2].

---

1. *Richtiges Recht*, p. 442-443 (III, 2, v).
2. *Richtiges Recht*, p. 443-446 (III, 2, v).

111. — Tel m'apparaît, en ses grandes lignes, esquissé et résumé le long de développements exactement suivis, le problème des limites à l'autonomie de la volonté, si consciencieusement traité par Stammler[1].

En vérité, il faudrait prendre, une à une, toutes les applications de la pratique du « juste droit », que passe successivement en revue cet éminent jurisconsulte[2], pour saisir, au mieux, le sens positif et pragmatique de sa doctrine. Et, celui qui voudra pénétrer à fond la pensée de Stammler, afin d'en découvrir toute la richesse, ne devra pas se soustraire à cette tâche, dont il sera amplement dédommagé, d'ailleurs, par la nouveauté des aperçus, qu'elle lui révélera. — Mais, en ce qui me concerne, et pour rester fidèle à un but plus élevé et plus général, je dois borner ici mes développements sur ce point. J'aurais plutôt à m'excuser d'avoir, en étriquant et décharnant ce qui n'est qu'une simple « exemplification » de la doctrine du « droit juste », risqué de donner une idée, inexacte et désobligeante, de la large et profonde manière du savant penseur de Halle. Je devais, cependant, tenter cet essai, pour achever de représenter ici l'ensemble de son œuvre.

Et maintenant, — si je voulais encore ramasser, en vue de l'objectif propre que je poursuis actuellement (élaboration scientifique du droit positif), et au moyen d'un dernier coup d'œil, toute cette œuvre, concentrée autour de la doctrine du « droit juste », — comme elle s'exprime surtout en formules vigoureusement frappées, qui prétendent agencer les réalités sociales, pour obtenir une construction souverainement logique, — je pourrais, je crois, en aligner les conclusions principales dans les idées suivantes :

---

1. On en pourra rapprocher l'étude approfondie, présentée sur le § 138 du Code civil allemand, par R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 251-302.

2. *Richtiges Recht*, Das dritte Buch. Praxis des richtigen Rechtes, p. 309-598.

Tandis que la vie sociale, considérée comme l'effort commun des hommes vers la satisfaction de leurs besoins, trouve sa *matière* empiriquement donnée dans les réalités variables de l'histoire, le droit, règlement extérieur et contraignant de la conduite des hommes, doit lui assigner une *forme* supérieure aux contingences de temps et de lieux. Cette forme, qui tend à établir une régularité, unitaire et douée de valeur générale, dans un monde essentiellement multiple et singularisé, est assez exactement rendue par le *desideratum* d'un *droit naturel à contenu variable.* — La réalisation de pareille forme se traduit dans l' « *Idéal social* », qui nous représente une *communauté d'hommes voulant librement*, ou mieux, une société, dans laquelle chacun fait siens les buts des autres, qui sont objectivement justifiés. — L' « Idéal social » lui-même, pour s'adapter à la vie pratique, se dégage en des principes, déduits des idées de *considération* et de *coopération*, qui domineront, sous un double aspect, tant l'existence même, que le développement, des rapports juridiques. — Pour mettre en œuvre ces principes du « *droit juste* », on se représentera un modèle typique de celui-ci, constitué par une société, à supposer entre ceux que divise un conflit juridique, où chacun, tout en se subordonnant aux autres, doit rester pour soi *le prochain* et ne rien abandonner ni de la considération, ni de la coopération, essentielles. — De la sorte, passant en revue la variété des relations, que le droit suscite entre les hommes, on pourra aisément apprécier les prestations, qui se trouvent ainsi imposées à ceux-ci, soit d'eux-mêmes, soit quant aux personnes qui les touchent de près, soit par rapport à leur patrimoine. — Et l'on n'oubliera pas la variété des moyens du « droit juste », convergeant tous vers le seul but essentiel à atteindre [1].

---

1. Comp. *Theorie*, IX. 16. Das Suchen nach dem vollkommenen Abschlusse, p. 829-835.

Au fond, — et si je puis me permettre d'ajouter un mot personnel aux formules serrées et pleines de STAMMLER, — ce but essentiel paraît tenir tout entier dans le concept suprême d'une société, existant entre êtres doués d'égale valeur, qui doivent rester, à la fois, indépendants et assurés du lien social, pour poursuivre leurs fins individuelles.

III

112. — J'ai tenté d'exposer, dans son ensemble, et au moyen d'un résumé aussi compréhensif que possible, la philosophie du droit de STAMMLER, eu égard à sa robuste ossature, qui ne permet pas de la tenir pour négligeable. A tout le moins, en effet, ne saurait-on lui refuser le mérite, d'avoir proposé, à la question, toujours angoissante, du droit naturel, ou, pour dire mieux, des bases scientifiques et morales du droit positif[1], des solutions, dont la plénitude, la cohérence logique, la souplesse d'adaptation pratique font pressentir un système profondément pensé, en face duquel la critique doit s'arrêter avec recueillement, soit pour en distinguer les parties durables, soit pour en découvrir les points faibles ou sujets à retouches[2]. — C'est une critique de ce genre, que je dois, sans perdre de vue mon objectif propre, esquisser à la fin et comme clôture de cet exposé. Je m'en tiendrai, d'ailleurs, aux grandes lignes de la théorie, sans insister sur des détails, dont l'appréciation minutieuse risquerait de faire oublier la portée fondamentale

---

1. Comp. ci-dessus, n^os **68-71**, p. 1-20.

2. Comme critiques — trop unilatérales à mon gré — de l'œuvre philosophique de STAMMLER, — on pourra consulter : *a*) pour le point de vue économique : MAX VEBER, *R. Stammlers « Ueberwindung » der materialistischen Geschichtsauffassung*, dans *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1907, t. XXIV, N. F. VI, p. 94-151; *b*) pour le point de vue juridique : H. U. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom Richtigen Recht*, Berlin und Leipzig, 1909.

de l'œuvre. Et celle-ci sera plutôt examinée en elle-même, d'après les résultats de fond qu'elle prétend apporter, qu'au point de vue d'une méthode rigoureusement logique [1], où il est trop aisé de relever des défaillances, qu'une sûre intuition peut, d'ailleurs, largement compenser [2].

En cherchant à constituer, dans son *richtiges Recht*, un droit typique, qui ne prétende ni à l'universalité ni à l'immutabilité de contenu, qui échappe à la subjectivité du sentiment juridique, et qui pourtant conserve l'aspect d'un idéal pratique, conforme au but le plus essentiel de la vie sociale, STAMMLER maintient l'idée capitale du droit naturel, tendant à satisfaire ce besoin incoercible de trouver à la règle juridique un fondement plus profond que l'arbitraire des volontés des hommes. Et, en même temps qu'il réagit ainsi contre le positivisme juridique, il échappe aux objections, dès longtemps formulées et plus récemment renouvelées, avec une vigoureuse *furia*, par BERGBOHM [3], contre les doctrines de philosophie du droit, jusqu'alors soutenues ou inconsciemment suivies [4]. — A lui seul, cet « esprit » éminemment *critique* de l'œuvre suffirait à lui assurer la valeur solide, que mérite tout mouvement d'idées, visant à nous libérer d'une servitude intellectuelle déprimante, et qui a su pressentir ou entre-

1. Par là, j'entends me séparer nettement du point de vue, à mon sens, un peu pédantesque, qui a inspiré les critiques de MAX WEBER et de H. U. KANTOROWICZ, signalées à la note précédente.

2. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n^{os} **25-28**, p. 75-87 ; n° **32**, p. 95-96 ; p. 143-145 (n° **48**) ; n° **56**, p. 161-164 ; n^{os} **61-63**, p. 181-194.

3. K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I Band, Einleitung. Abhandlung I. *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig. 1892.

4. Ce point a été particulièrement mis en relief par L. von SAVIGNY (*Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung*), dans *Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, de G. SCHMOLLER, t. XXV, p. 407-417 [p. 25-35 du zweites Heft]. — Voy. aussi L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 112, p. 117-118.

voir, pour les diriger, les aspirations convergentes vers le point, d'où doit venir le renouveau créateur[1].

Mais STAMMLER a poussé plus loin son effort, en cherchant à caractériser cet idéal juridique, qu'il fait planer au-dessus de la vie de l'humanité. Il l'a conçu comme une « forme » unitaire et de valeur générale, destinée à déterminer, en lui assignant des contours fermes, précis et réguliers, une « matière » contingente, molle et sans cesse changeante, fournie par les données historiques et empiriques de la vie sociale. — Ceci encore, en dépit des objections théoriques qu'on y a soulevées[2], dénote une vue profonde et susceptible de résultats précieux, puisqu'il s'en déduit que, sans base matérielle, l'idée du droit n'est qu'une enveloppe vide, que le contenu de cette enveloppe se trouve imposé par les circonstances de fait, hors des données desquelles l'idéal manque de toute consistance, et que, finalement, le « droit juste » se ramène à une sorte de souffle puissant, qui doit animer une substance inconsciente, préalablement posée[3].

---

1. Ce mérite, important, mais encore un peu vague, a été reconnu même par les critiques les plus décidés de STAMMLER. Voy., notamment : M. WEBER, dans *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1907, t. XXIV, N. F. t. VI, p. 94-96. — STAFFEL, dans *Jherings Jahrbücher*, 1906, t. L, Zw. F. t. XIV, p. 301-302, p. 315, p. 322. — H U. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin und Leipzig, 1909, p. 5, p. 9-10, p. 37. — G. FRÆNKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, Göttingen, 1912, p. 7-8 (n° 1), p. 27-28 (n° 13), p. 45-46 (n° 26), p. 48 (n° 27), p. 91-92 (n° 54). — F. BEROLZHEIMER, dans *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1911-1912, t. V, p. 320

2. Voy. notamment : H. U. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, 1909, p. 10, p. 32. — F. BEROLZHEIMER (*Eine Rechtswissenschaft der Theorie*) dans *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1911-1912, t. V, p. 319.

3. Comp. L. von SAVIGNY, dans *Jahrbuch fur Gesetzgebung*... de G. SCHMOLLER, 1901, t. XXV, p. 428-434 [p. 46-52 du 2 Heft]. — Cette idée d'une forme substantielle, comme caractéristique du droit, a été spécialement développée, d'un point de vue encore plus strictement logique, par Giorgio DEL VECCHIO, *I presupposititi filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, *passim*, notamment p. 109-133, p. 165-188. —

Ce n'est pas tout. Stammler a précisé son idéal, comme « *idéal social* », c'est-à-dire, qui doit rester soustrait aux déformations des désirs subjectifs et viser à assurer, dans ce qu'elle a de plus essentiel, par une conciliation des besoins et des aspirations de tous en un but supérieur, la mission objective de la société humaine. — Or, bien qu'on ait prétendu n'y pouvoir découvrir qu'une vide tautologie [1], il y a là, suivant moi, une idée féconde; pour n'être pas bien nouvelle, elle a été, du moins, accentuée et formulée par Stammler d'une façon qui l'accommode aux exigences de l'heure, et qui doit permettre de maintenir le « droit juste » dans les lignes directrices, capables d'assurer son influence sur la vie [2].

A tous ces mérites de fond, s'ajoutent, dans la *manière* même dont Stammler fait valoir sa doctrine, une vue pénétrante des réalités, un sentiment profond de la rectitude morale, une inspiration toujours élevée en même temps que conforme aux besoins actuels, une adaptation habile des idées aux faits, bref, tout un ensemble de qualités éminentes, qui, par la confiance qu'elles suggèrent, entraînent irrésistiblement l'esprit vers le centre de vérité, qu'il sent enfermé dans cette œuvre magistrale.

Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato, 2e éd. Torino, 1909, § II, p. 14-16. — *Adde*, du même auteur : *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906. — *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908. — *Sulla positivita come carattere del diritto*, Modena, 1911.

1. Voy. notamment : M. Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht. Eine kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlin, 1900, p. 26, note 1. — H. U. Kantorowicz, *Zur Lehre vom richtigen Rechte*, 1909, p. 30-31. — G. Fraenkel, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, Göttingen, 1912, p. 28-29 (nos 14-15).

2. Comp. L. von Savigny, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reicht*, t. XXV, 1901, p. 414 (p. 25 du 2 Heft). — L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 119-120. — Voy. surtout : Isaac Breuer, *Der Rechtsbegriff auf Grundlage der Stammlerschen Sozialphilosophie*, Berlin, 1912.

113. — Comment se fait-il, pourtant, qu'avec des mérites si rares et des prémisses si vigoureuses, l'effort de STAMMLER, quand il se traduit dans les préceptes destinés à mettre en œuvre sa méthode, et plus particulièrement encore, quand il descend aux applications, que postulent les questions concrètes de la vie juridique, semble ne pas aboutir et nous laisse une immense déception? — Car il faut savoir l'avouer. Si nous admirons la *maestria*, avec laquelle STAMMLER encadre dans son imposant schéma mille difficultés menues de la pratique, et l'habile doigté dont il en débrouille le lacis, nous restons, malgré tout, pénétrés du sentiment profond, que ses solutions ne se dégagent pas spontanément des principes préalablement posés, qu'elles sont plutôt suggérées par des considérations variables, d'une téléologie plus terre à terre, d'origine souvent subjective, qu'elles restent bien éloignées du point de départ prétendu [1], et que, même parfois, comme on l'a montré, elles tendraient, par leurs contradictions, à ruiner ce qui paraît leur servir de base [2].

On a pu relever, du point de vue d'une judicieuse philosophie des sciences, dans l'exposé si personnel de STAMMLER, des vices de méthode, qui expliquent, en une large mesure, l'échec relatif de son entreprise, et qui, sous le détail abondant de leurs déviations, se ramènent à quelques traits essentiels : abus de la décomposition

1. Voy. notamment les exemples présentés par G. FRAENKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, Göttingen, 1912, §§ 17-19, p. 32-37. — *Adde :* H. U. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin u. Leipzig, 1909, p. 33-35, p. 36-37.

2. Voy. L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 120-124. — Comp. L. von SAVIGNY, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 1901, t. XXV, p. 417-419 [p. 35-37 du 2 Heft], en observant, pour apprécier à leur juste portée les critiques de cet auteur, que son article a été publié en 1901, donc avant l'apparition de *Die Lehre von dem richtigen Recht*, qui est de 1902, et, en réalité, simplement sur les données de la première édition de *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (de 1896. La 2e édition date de 1906).

des concepts, ne conduisant qu'à des jugements analytiques, incapables, comme tels, d'étendre notre connaissance; logicisme outré, reposant sur l'absence d'intuition aggravée d'une abstraction insuffisante, et pour lequel la non-contradiction des concepts reste le seul critère de leur vérité, sans souci de leur valeur intrinsèque; plus généralement encore, méconnaissance, sinon même ignorance, des valeurs sensibles, esthétiques, morales, pour assurer la prépondérance exclusive de l'idée pure sur la réalité; d'où résulte une confusion constante entre la démonstration par enchaînement logique des propositions et la preuve de leur vérité [1]. Et, si l'on fait porter plus haut la critique, on reconnaît, sans grande peine, que la plupart de ces défauts ont eux-mêmes leur principe en certains dangers inhérents à la philosophie de KANT, trop exclusivement suivie, parfois même exagérée et dénaturée, par STAMMLER [2].

Indépendamment de ces considérations, qui s'attachent surtout à la procédure méthodologique de l'œuvre, pour rendre compte, en quelque mesure, de ses défaillances, — je crois que, d'un point de vue plus pragmatique, et en envisageant de plus près les résultats, on peut trouver, dans ceux-ci même, le secret de leur insuffisance, d'une façon mieux propre à nous éclairer sur la valeur définitive de l'effort de STAMMLER, en vue de l'établissement des bases scientifiques du droit positif, qui reste l'objectif essentiel de cette partie de notre travail.

Peut-être pensera-t-on, d'abord, que STAMMLER a tenté

---

1. G. FRAENKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, Göttingen, 1912, §§ 20-25, p. 37-45 et p. 47-48 (n° 27). — H. U. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin u. Leipzig, 1909, p. 13, p. 14, p. 23-29.

2. Comp. STAFFEL, dans *Jherings Jahrbücher*, 1906, t. L, N. F. t. XIV, p. 302-321. — G. FRAENKEL, *op. cit.*, p. 7-8 (n° 1), p. 38 (n° 20). p. 47 (n° 27), p. 91-92 (n° 54). — KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 13.

l'impossible, à vouloir enfermer, dans un idéal philosophique, jusqu'aux questions les plus menues de la vie des affaires. Et j'accorde qu'en effet, comme je compte le montrer plus loin encore[1], c'est trop demander aux principes, que peuvent suggérer la conscience ou l'expérience proprement dite, si l'on prétend, de déduction en déduction, en tirer une réponse directe et convaincante à la solution des litiges, que soulèvent, au point de vue juridique, les multiples incidents de l'existence journalière des hommes vivant en société.

Mais, — en passant provisoirement condamnation sur ce point capital, ou, plutôt même, en admettant que l'on puisse aisément, au moyen de considérations qui seront présentées dans la suite de cet ouvrage[2], rectifier les excès de la réglementation esquissée par Stammler et retenir l'idée fondamentale de son système, sans en pousser aussi loin l'application détaillée, — il reste que, malgré tout, les conclusions pratiques de la doctrine du « juste droit » paraissent bien distantes du point de départ, et qu'on voit mal le lien logique qui les y rattacherait irrésistiblement. — Je crois que, de ce disparate, qui, à mes yeux, gâte irrémédiablement l'œuvre de Stammler, on peut indiquer deux raisons principales.

D'une part, Stammler n'a pas nettement pris parti sur les rapports du « *richtiges Recht* » avec le droit positif d'un pays et d'un temps donnés. Les explications, qu'il a essayé de fournir à cet égard, ainsi que je l'ai indiqué plus haut[3], restent, malgré tout, confuses et embarrassées. Au fond, Stammler admet-il que le « droit juste » domine effectivement la vie sociale, au point de

---

1. Voy. ci-après, dans cette seconde partie, le chapitre neuvième (XIV), principalement, n° **177**, et notre troisième partie.
2. Voy. plus loin, la troisième partie du présent travail.
3. Voy. ci-dessus, p. 145-148 (n° **103**).

s'imposer au jurisconsulte comme au législateur, et d'offrir à la pratique du droit, envisagée dans toute son ampleur, la base naturelle et scientifique, nécessaire à sa pleine efficacité ? Nulle part, il ne l'a dit nettement[1]. Et, faute de le savoir, nous ne voyons pas bien ce qu'il prétend, quand il tente d'adapter son idéal à la vie pratique. De là, dans toute son œuvre, un vague extrêmement pénible pour l'esprit, qui aspire à saisir le droit dans sa fonction dynamique. — Encore, ne serait-ce là qu'un sentiment de malaise intellectuel, qu'on pourrait tenter de surmonter, à condition de se préciser à soi-même le point de vue, que STAMMLER n'a pas su pleinement découvrir[2].

Mais, d'autre part, et surtout, le criticisme, exclusivement formaliste et logique, de STAMMLER, condamnait son entreprise à une stérilité inévitable, du moment que, descendant de la région des concepts et des formules, il devait prendre corps à corps les réalités sociales[3]. — En effet, tout l'effort de la philosophie du droit de STAMMLER

1. L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 118, attribue, sur ce point, à STAMMLER, une position décidée, qu'il n'a pas, à ma connaissance, déclaré prendre.

2. C'est ce que j'ai essayé de faire plus haut : p. 145-148 (n° **103**). — Comp. STAFFEL, dans *Jherings Jahrbücher*, 1906, t. L, N. F. t. XIV, p. 312-315, et L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 118-119 (§ 7), p. 146 (§ 10) et §§ 10-12, p. 146-214.

3. Cette impression m'a été nettement confirmée à la lecture de la rigoureuse critique de STAMMLER, présentée par H. U. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom richtigen Rechte*, Berlin und Leipzig, 1909, p. 10-31. Toutefois, cette charge, un peu lourde, contre les bases logiques du système n'apparaît guère, dans ses résultats positifs, que comme une revanche — impuissante, j'en suis convaincu — de la « jurisprudence de sentiment ». Voy. notamment ses p. 23-29. — On en rapprochera avantageusement, sous ce rapport, la critique, plus mesurée et plus judicieuse, de STAFFEL (dans *Jherings Jahrbücher*, 1906, t. L, N. F., t. XIV, p. 312 et p. 315-322), qui, partant aussi de la philosophie méthodologique de WINDELBAND, RICKERT, SIMMEL, cherche à introduire, dans le système de STAMMLER, la notion morale de valeur et ne fait intervenir le sentiment que pour préparer l'effort de l'intellect.

s'épuise à analyser des idées, à préciser des distinctions, à énoncer des critères, à élimer et affiner des définitions. Aussi, son principal profit et son capital mérite se ramènent-ils à des formules d'une plénitude saisissante et d'une marque achevée. Mais ce sont des formules abstraites, visant seulement à l'unité, à la généralité, à l'universalité de valeur. Dès lors, si l'on essaie de les adapter aux circonstances tangibles de la vie, elles refusent leur service; à tout le moins, se montrent-elles inférieures à la tâche, en exigeant des faits une « déconcrétisation » impossible à obtenir. Force est bien, alors, de s'adresser à des considérations moins ambitieuses, et qui n'ont à peu près rien de commun avec l'idéal préalablement posé. — De là, une antinomie déconcertante entre le programme et sa réalisation. Cette antinomie se révèle et s'annonce déjà dans la forme hiérarchique, sèche, intraduisible, et vraiment inassimilable, des fameux *principes du « droit juste »*, purement affirmés, d'ailleurs, sans être jamais démontrés, et qui, comme on l'a remarqué, évoquent le souvenir des maximes universelles de la morale de KANT [1], sans se prêter aussi aisément à l'application [2]; elle se poursuit et s'accentue en face du *modèle typique du « droit juste »*, qui n'ajoute guère plus qu'une nouvelle formule à toutes les autres, et dont la dialectique ingénieuse de STAMMLER n'arrive pas à féconder la stérile abstraction [3]; enfin, elle s'achève et se montre étrangement décevante dans les applications mêmes de la doctrine, où se traduisent toute l'indépendance des solutions concrètes à l'égard des formules

---

1. L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 120-123.

2. H. U. KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 31-35. — G. FRAENKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, Göttingen, 1912, § 15, p. 29-31; comp. 36 (§ 26).

3. H. U. KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 35-36. — G. FRAENKEL, *op. cit.*, § 16, p. 31-32; comp. p. 46 (§ 26).

préconçues et la prépondérance des éléments particuliers de décision sur la généralité trop lointaine des conceptions idéales[1].

114. — Aussi, les critiques, qui, non contents de relever les défaillances de l'œuvre, se sont préoccupés d'en redresser les écarts ou d'en combler les lacunes, ont-ils fait porter tout leur effort sur la découverte et la précision d'éléments, d'ordre positif et concret, empruntés à la réalité sociale plutôt qu'aux abstractions de la pensée, qui se montrassent, par suite, mieux capables d' « humaniser » la notion du « droit juste » et d'en rapprocher la formule du contenu de la vie qu'il doit régir.

Les uns, à vrai dire, n'ont pu que signaler la nécessité d'un pont à établir entre les réalités empiriques et l'objectivement juste, sans nous donner les matériaux nécessaires pour le construire[2]. D'autres, suivant les inspirations du criticisme plus libre de WINDELBAND et de RICKERT, ont, du moins, cherché à faire entrevoir comment, dans les sciences de culture (*Kulturwissenschaften*, par opposition aux *Naturwissenschaften*), les notions de valeur et de but devaient faire prédominer le progrès moral et social sur l'ordonnance purement logique des concepts[3]. D'autres encore n'ont cru pouvoir mettre en valeur le système de STAMMLER, qu'en l'éclairant des reflets d'une philosophie franchement réaliste, qui nous

---

1. H. U. KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 36-37. — G. FRAENKEL *op. cit.*, §§ 17-19, p. 32-37.

2. Voy. par ex. L. von SAVIGNY, *Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung, und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, de G. SCHMOLLER, 1901, t. XXV, p. 407-437 (p. 25-55 du 2 Heft), notamment, p. 417-419 [35-37] p. 425 [43], p. 427 [45], p. 428-434 [46-52].

3. Voy. STAFFEL [*Ueber Stammlers « Lehre vom richtigen Recht »*], dans *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1906, t. L (Zweite Folge, t. XIV), notamment p. 315-319. *Adde*, p. 320-322. — Comp. H. U. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin und Leipzig, 1909, p. 13, p. 23-29.

ramène tout près des positions du droit naturel classique[1].

Entre tous ces efforts, il convient de signaler particulièrement, comme ayant cherché, le plus décidément peut-être, à assouplir la doctrine du maître, en l'enrichissant de l'acquis durable des mouvements d'idées contemporains, et à lui assurer une efficacité précise, en faisant passer ses résultats dans la pratique même du droit, le travail consacré par L. Brütt à l'art de l'interprétation juridique[2]. — Sans analyser en détail cet opuscule, éclairé de vues ingénieuses et profondes en même temps que pénétré d'un esprit extrêmement large, je tiens seulement à relever ici, qu'amené par son sujet à remonter aux éléments les plus élevés du droit, L. Brütt prend comme base le criticisme de Stammler, qu'il vise à animer d'un esprit nettement réaliste[3]. Ainsi, tout en retenant l'idéal social comme un simple principe analytique, qui ne puisse que circonscrire et limiter la recherche[4], il substitue aux principes et au modèle typique du « droit juste », ce critère qui lui semble plus plein et plus fécond : « est juste le droit, qui pousse le plus loin possible le développement de civilisation du peuple et qui contribue, pour le mieux, à faire passer les forces nationales de la puissance à l'acte »; étant bien entendu, que le développement, dont il s'agit, ne saurait être un simple *processus* chronologique, mais signifie un changement dans le sens d'une différenciation plus grande et d'une intégration plus parfaite, et que la civilisation doit être envisagée dans son but total comprenant les intérêts d'ordre idéal à côté des besoins purement matériels[5]. — Puis, sentant bien le vague, encore inhérent à pareil critière, et que ne suffit pas à

1. En ce sens : G. Fraenkel, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, Göttingen, 1912, §§ 37-54, p. 66-92.

2. Lorenz Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907.

3. L. Brütt, *op. cit*, p. 111-119, p. 120-124 (§§ 6 et 7).

4. L. Brütt, *op. cit.*, p. 119-120 (§ 7).

5. L. Brütt, *op. cit.*, p. 125-138 (§ 8).

corriger le caractère de discipline technique nettement reconnu par lui au droit positif[1], il met en relief, pour faire échec aux excès d'un subjectivisme inévitable en soi, l'importance de *fins intermédiaires*, — telles que le développement économique, toutes choses égales d'ailleurs, des moyens de production, la lutte contre l'exploitation des travailleurs à domicile, etc., — sur lesquelles on se met fort aisément d'accord, sauf à discuter quant aux moyens de les réaliser sans atteindre d'autres intérêts essentiels[2]. — On peut, du reste, apprécier, d'un point de vue pragmatique, les résultats de ses jugements de valeur « transpositifs »[3], comparés à l'interprétation idéaliste de Stammler, en rapprochant l'étude casuistique[1] esquissée — trop légèrement d'ailleurs — par L. Brütt, des restrictions apportées par la notion de bonnes mœurs à la liberté des actes juridiques[4], des développements analogues, résumés plus haut, de l'auteur de la doctrine du « droit juste »[5]. Et l'on sentira, je crois, sans peine, comment, malgré tout, le disciple reste loin d'atteindre à la hauteur du maître.

Au surplus, quel que puisse être le succès de ces tentatives d'amélioration d'une doctrine, trop personnellement puissante pour affronter les retouches, ce qu'il faut maintenir, au terme de notre examen critique de l'œuvre de Stammler, c'est que, si elle fournit une direction précieuse, pour situer, en vue de son objectif propre, l'élaboration scientifique du droit, elle reste insuffisante à lui suggérer les éléments, nécessaires pour l'alimenter, et qu'elle laisse entièrement ouvert le problème de son adaptation aux exigences de la vie.

---

1. L. Brütt, *op. cit.*, p. 138-139 (§ 8); comp. p. 14-17 (§ 1) et § 2, p. 18-23.
2. L. Brütt, *op. cit.*, p. 139-140 (§ 8).
3. L. Brütt, *op. cit.*, p. 146 et p. 148-149 (§ 10).
4. L. Brütt, *op. cit.*, p. 202-212 (§ 12).
5. Voy. ci-dessus, p. 161-176, nos **108-110**, notamment n° **110**, p. 169-176.

CHAPITRE SEPTIÈME (XII)

LE SYSTÈME CRITIQUE (RÉALISTE ET POSITIF) DE L. DUGUIT

SOMMAIRE : **115**. Transition de la doctrine de R. STAMMLER à celle de L. DUGUIT. — **116**. Genèse du système de L. DUGUIT. — Comment il sera envisagé ici. — **117**. Philosophie générale qui inspire et domine l'œuvre de L. DUGUIT.

I. — **118**. Point de départ du système : le fait de la solidarité sociale. — **119**. De ce fait surgit la règle de droit avec ses caractères propres. — **120**. La règle de droit s'impose à tous, gouvernés et gouvernants. — **121**. Comment elle s'impose aux gouvernants. — **122**. Caractère exclusivement dominateur de la règle de droit basée sur la solidarité sociale. — **123**. Forme verbale ou logique donnée par DUGUIT à ses idées.

II. — **124**. Transformation interne du droit public d'après le système de DUGUIT. — **125**. Transformation dans la détention de la puissance par le syndicalisme. — **126**. Transformation générale du droit privé d'après DUGUIT. — **127**. Application particulière à l'institution de la propriété. — **128**. Comparaison entre le système de L. DUGUIT et celui de R. STAMMLER.

III. — **129**. Appréciation critique de l'œuvre de DUGUIT. — Limitation de mon point de vue. — **130**. Suprématie fortement reconnue à la règle de droit objectif. — **131**. Cette suprématie se concilie-t-elle avec les exigences positives de la vie sociale? — **132**. Le système manque d'un fondement assuré. — **133**. Le défaut d'une métaphysique *avouée* rend ruineuse l'œuvre de DUGUIT.

115. — Il ne semble pas que la doctrine de R. STAMMLER ait rencontré, en France, des points d'attache assez fermes, ni des sympathies assez profondes, pour qu'il soit possible de lui prévoir, chez nous, un champ d'extension

notable[1]. Aussi, n'aurais-je à relever, parmi les œuvres de nos philosophes du droit, aucun prolongement intéressant de l'effort exposé dans le chapitre qui précède, si je ne croyais pouvoir en rapprocher — sous forme de simple comparaison — une doctrine, fortement pensée et vigoureusement construite, dont l'apparition, venue à son heure, a quelque peu démonté, dans leur tranquille confiance, les juristes de la vieille école, mais qui, en dépit des dédains aveugles ou des résistances intéressées, s'est de plus en plus imposée à l'attention et, par sa robuste masse, excite une admiration émerveillée, en même temps qu'elle sollicite une loyale discussion, la doctrine de M. Léon Duguit.

Ce n'est pas assurément que L. Duguit ait, en quoi que ce soit, suivi le sillage de Stammler. Non seulement, il en a laissé à part le système propre, qu'il semble à peine connaître[2]; mais il demeure absolument étranger à l'horizon philosophique, économique et juridique, sous lequel s'est placé le professeur de Halle. Je suis donc absolument convaincu, — surtout après m'être familiarisé avec ces deux efforts parallèles, — que, par aucun lien de filiation directe ni indirecte, l'œuvre de Duguit ne peut passer pour issue de l'œuvre de Stammler, et je tiens à affirmer hautement qu'elle conserve, à côté de celle-ci, sa puissante originalité et sa marque personnelle. — Il n'en reste pas moins, — et c'est le sentiment également profond que m'a laissé leur rapprochement, — qu'au point de vue qui nous intéresse ici, les conclusions, les plus prenantes, de Duguit éveillent des idées analogues à celles, que suggère l'étude de Stammler, de sorte que — loin de

1. Voy. ci-dessus, p. 128, texte et notes 1-2 (n° 98).

2. En passant en revue, aussi consciencieusement que possible, l'œuvre de Duguit, je n'y ai relevé qu'une référence, fort vague d'ailleurs, à Stammler (Voy. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 1911, p. 8). Aucun point de sa doctrine n'a été discuté par mon éminent collègue de Bordeaux.

contredire l'effet d'ensemble que je veux en tirer à cette place, — la divergence d'origine des œuvres ne peut qu'en confirmer la force.

Avant tout, la marque critique rapproche étroitement ces deux efforts. Aussi bien que STAMMLER, DUGUIT s'est, franchement et sincèrement, détaché de tous préjugés d'École et de toutes autorités extrinsèques, pour reconstruire, en pleine indépendance de pensée, et sur les seules bases de la raison et des faits, le système général de l'économie et du droit. Mais, tandis que la critique du jurisconsulte allemand est toute pénétrée d'idéalisme et se joue en concepts d'une logique purement formelle [1], celle de notre collègue de Bordeaux se maintient sur un terrain strictement réaliste, pour ne viser que des conclusions positives et presque « matérielles » [2].

Aussi, convient-il, — pour compléter l'exposé des mouvements de pensée les plus intéressants, qu'ait suscités, dans ces derniers temps, la philosophie du droit, — de marquer, en quelques traits, la place éminente, méritée par les travaux de DUGUIT. Si ceux-ci visent surtout la construction du droit public, constitutionnel et administratif, leur portée est assez large pour embrasser les principes généraux du droit positif tout entier, voir même les bases fondamentales du droit privé. Et, nous arriverons, sans peine, à dégager de cette œuvre imposante ce qui demeure, ici, l'objet propre de notre investigation, et ce que nous chercherions, je crois, vainement, à l'heure actuelle, chez les juristes français, spécialisés en d'autres branches,

1. Voy. ci-dessus, chapitre sixième (XI), *passim*, notamment, p. 138-140 (n° **101**); n°s **104-105**, p. 148-155; p. 180-182 (n° **112**).

2. « Notre doctrine est *réaliste* et *positive* », dit DUGUIT : *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, 1911, p. 49 (n° 15). — *Adde : Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 176. — Et, sur l'importance, qu'il attache au caractère « matériel » de la loi, voy. *Traité*, t. I, n° 34, p. 132-134 et les développements qui suivent, *passim*. — *Adde : ibid.*, p. 130-132 (n° 33), p. 194 (n° 42), p. 261 (n° 51), p. 289 (n° 55 *a*).

la proposition d'une doctrine ferme et cohérente, sur les données de la vie sociale et juridique, susceptibles d'une véritable élaboration scientifique, et sur les principes de pareille élaboration [1].

116. — De bonne heure, Duguit a affirmé la nécessité de reprendre, à la base, les substructions de l'économie et du droit; il considérait ces disciplines comme des branches de la sociologie, qu'il fallût soustraire aux principes *a priori* et à la méthode déductive, pour les constituer exclusivement par l'observation, en tirant des phénomènes sociaux leurs lois de coexistence et de succession, et cherchant à prévoir les faits de l'avenir, suivant les injonctions d'un déterminisme, qui, suivant lui, dominait toute la nature [2]. S'avançant plus loin encore, et érigeant en vérité de fait une hypothèse qu'il devait abandonner plus tard [3], il prétendait voir, dans la société humaine, un véritable organisme, qui en fît un être vivant, exactement assimilable aux individus, doué des mêmes fonctions, assujetti aux mêmes lois, comportant les mêmes règles [4]. De là, l'idée d'une science et d'un art des sociétés, calqués sur les disciplines, qui révèlent et mettent en œuvre les phénomènes de la vie organique [5]. — Il n'y avait là encore que des vues vagues et superficielles, inspirées d'une philosophie plus séduisante que solide,

1. J'aurai, d'ailleurs, sans doute à revenir, sur certains côtés de la doctrine d'ensemble de L. Duguit, dans les troisième et quatrième parties de ce travail.

2. L. Duguit. *Le droit constitutionnel et la sociologie*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 484-505; notamment §§ I-III, p. 485-494.

3. Voy. notamment : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 17. — *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. I, p. 16-17 (§ 6).

4. L. Duguit (*Le droit constitutionnel et la sociologie*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 495-498 (§ IV).

5. L. Duguit, *ibid.*, p. 498-505 (§§ V-VI).

incapables, à elles seules, de fournir un cadre ferme aux aspirations manifestées par la vie sociale et contemporaine.

Aussi bien, DUGUIT dut-il mûrir ses premières idées, pendant plus de vingt années, avant de les traduire, en une forme cohérente, personnelle, définitive, dans l'ouvrage, qui est resté, jusqu'ici, le centre et comme le foyer vivifiant de toute son œuvre : *L'État, le droit objectif et la loi positive*, paru en 1901 [1]. D'autres travaux ont, depuis lors, amplifié, fécondé, développé, parfois résumé, vulgarisé, voire quelque peu rectifié, les conclusions de ce livre magistral [2]. Toutefois, — si l'on met à part l'extension, quelque peu inattendue, donnée par DUGUIT à sa doctrine dans le sens d'un syndicalisme élargi jusqu'à embrasser tous les services publics [3], — on peut dire qu'elle n'a trouvé

---

1. L. DUGUIT, *Études de droit public*. — I. — *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.

2. Ce sont notamment : L. DUGUIT, *Études de droit public*. — II. — *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903. — *Droit constitutionnel*. Théorie générale de l'État. Organisation politique, Paris, 1907. — *Traité de droit constitutionnel*, t. I. Théorie générale de l'État; t. II. Les libertés publiques. L'organisation politique; 2 vol. Paris, 1911. — *Manuel de droit constitutionnel*, Théorie générale de l'État. Libertés publiques. Organisation politique (2e éd.), Paris, 1911. — *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* (Conférences faites à l'École des hautes études sociales). Paris, 1re éd., 1908, 2e éd., 1911. — *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912. — *Les transformations du droit public*, Paris, 1913. — Parmi les travaux, moins considérables, et qu'on peut tenir pour des études d'occasion, je me contenterai de relever, parce qu'ils complètent, à certains points de vue, le système général de L. DUGUIT : la préface à la traduction française de : WOODROW WILSON, *L'État. Éléments d'histoire et de pratique politique*, trad. J. WILHELM, Paris, 1902, t. I, p. VII-XXV ; et *La situation des particuliers à l'égard des services publics*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1907, t. XXIV, p. 411-439.

3. Cette idée n'est apparue nettement que dans : *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, paru, pour la première fois, en 1908. Voy. notamment la troisième conférence (p. 105-157 de la 2e éd., 1911). — Depuis lors, DUGUIT l'a, maintes fois, reprise et développée. Voy. notamment : *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. I, p. 72 (n° 21), p. 84 (n° 23), p. 150 (n° 37), p. 294 (n° 55),

nulle part une expression aussi pleine et aussi saisissante, que celle que lui donnait le premier volume sur *L'État*.

C'est donc cet ouvrage capital, complété par les travaux subséquents, que je prendrai comme base de l'exposé tout objectif, que je voudrais faire ici, de la doctrine de DUGUIT[1]. — Après en avoir dégagé les idées fondamentales et générales (§ I), il y aurait lieu de relever ses développements particuliers, les plus intéressants pour notre but (§ II), en vue de tirer ensuite de sa critique des conclusions, qui puissent nous éclairer la route (§ III).

Mais auparavant, et afin de bien marquer sur quoi repose tout l'édifice, si fortement charpenté par DUGUIT, il ne sera pas inutile de résumer, telles qu'on les entrevoit, à chaque page de son œuvre, les conceptions générales du monde, de la science et du droit, dont il s'inspire.

117. — La philosophie générale, — si l'on peut appeler ainsi ce qui n'est guère plus qu'un état d'esprit, — qui sert de point de départ à DUGUIT et dont celui-ci

---

p. 321 (n° 59), p. 385 (n° 67) et n° 68, p. 388-392. — Comp. t. I, p. 371 (n° 65), p. 422 (n° 73), n° 78 *b*, p. 460-467, p. 522 (n° 88), p. 534-536 (n° 89); t. II, p. 138 (n° 113).

1. Les ouvrages de DUGUIT, dont j'aurai surtout à faire usage ici, seront indiqués avec les abréviations suivantes :

L'État, le droit objectif = L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris, 1901.

Traité = Traité de droit constitutionnel, 2 vol., Paris, 1911.

Le droit social = Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, 2e éd., Paris, 1911.

Transformations dr. pr. = Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris, 1911.

Transformations dr. public = Les transformations du droit public, Paris, 1913.

Je négligerai les références au : *Droit constitutionnel* (publié en 1907) et au *Manuel de droit constitutionnel* (2e éd., 1911), ces ouvrages n'étant, l'un qu'une préparation, l'autre qu'un résumé, du *Traité de droit constitutionnel*.

se fait gloire[1], apparaît des plus rudimentaires. Elle se ramène, telle que je la comprends, à un positivisme, purement et simplement agnostique, qui prétend se passer de tout *a priori* et faire fi de toute métaphysique[2]. Au vrai, DUGUIT ne se soucie, ni de matérialisme ou de spiritualisme, ni de libre arbitre ou de déterminisme, et pas plus de dogmatisme, d'idéalisme ou de criticisme, que de réalisme, de nominalisme ou de conceptualisme. Poser le problème de l'être, celui de la connaissance, ou celui du bien en soi, c'est, pour lui, travailler à vide[3]. Son horreur de la métaphysique va jusqu'à lui faire confondre avec elle, pour les tenir en une extrême défiance, les concepts, les fictions, voire les abstractions, même quand ce ne sont qu'instruments intellectuels de la con-

1. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 27. — *Traité*, t. I, p. 16-17 (n° 6), p. 21 (n° 7).

2. Voy. notamment : L. DUGUIT, Préface à WOODROW WILSON, *L'Etat*, t. I, p. VII, p. IX, p. XI-XII — *Traité*, t. I, p. 35 (n° 12), p. 67-68 (n° 20), p. 73-75 (n° 21), p. 107-108 (n° 28), p. 299-300 (n° 55). — *Transformations dr. pr.*, p. 2-3, p. 9, p 12-15, p. 22, p. 60, p. 73, p. 81, p. 97, p. 148, p. 156, p. 176, et surtout p. 186-191 (Appendice II). — *Transformations dr. public*, p. 28, p. 43, p. 45, p. 53, p. 63, p. 74-79, p. 157, p. 280, p. 281. — « Nous n'admettons aucun dogme... », dit-il avec insistance. *Traité*, t. I, p. 33 (n° 12). Cpr. *Transformations dr. pr.*, p. 2. — Rappr. *Le droit constitutionnel et la sociologie* dans *Revue intern. de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 484-505.

3. Je crois, donc, que c'est à tort, qu'on a prétendu ramener la philosophie de DUGUIT aux trois principes du *phénoménisme universel*, du *déterminisme universel* et du *monisme*. Voy. M. HAURIOU et A. MESTRE dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1°, t. XVII, p. 357-358. Cpr. M. HAURIOU, *Les idées de M. Duguit*, Toulouse, 1911, p. 15-19, p. 27. — Pareil état d'esprit a pu servir de point de départ à l'activité scientifique de notre éminent collègue de Bordeaux (voy. notamment : L. DUGUIT, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 484-505). Il ne se retrouve plus dans les œuvres de sa maturité. — Et je tiens pour inacceptable de vouloir enfermer un esprit aussi personnel, aussi détaché et aussi indépendant, dans le cadre étriqué de systèmes tout factices. Voy., d'ailleurs, la réplique de DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 188-191 (Appendice II).

naissance ou procédés de pure technique juridique[1]. Il se contentera donc de regarder la vie à travers les lunettes du sens commun, et cherchera à dégager, de l'observation des réalités et des faits, tout ce qu'il lui importe de savoir[2], ne se servant même de la méthode déductive que comme d'un instrument de découverte, dont les conclusions restent pures hypothèses, tant qu'elles ne sont pas confirmées par les faits[3]. Ajoutons qu'il entend bien que les faits fournissent la direction à suivre et qu'on ne saurait utilement y résister[4].

Or, l'observation du monde, qui nous enveloppe, lui révèle, avant tout, l'existence d'individus, distincts les

---

1. Voy. notamment : L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 228, p. 320-321, p. 610-612, p. 617 (comp. mon compte rendu dans *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1901. *N. S.*, t. XXX, p. 505-507). — *Traité*, t. I, p. 21 (n° 7), p. 46, p. 47-48, p. 49, *in fine* (n° 15), p. 81 et 82 (n° 23), p. 109-110 (n° 28). — *Le droit social*, p. 69. — *Transformations dr. pr.*, Appendice I, p. 179-184. — *Transformations dr. public*, p. 53, p. 59, p. 63, p. 230. — Il faut, d'ailleurs, convenir que l'épistémologie et la méthodologie de Duguit sont restées, comme celles de tous les modernes, entièrement superficielles et vacillantes. Cpr. Fr. Geny, *Science et technique*, I, 1914, p. 10, note 1 (n° **3**) et p. 106, note 2 (n° **36**).

2. « Il faut observer les faits, les analyser et en faire la synthèse ». L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 176. Et encore : « Une notion de droit n'a de réalité que dans la mesure où elle est la synthèse de faits réels ; ou, si l'on veut, une formule juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle exprime en langage abstrait une réalité sociale, fondement d'une règle de conduite et d'une institution positive ». L. Duguit, dans *Revue du droit public*, 1907, t. XXIV, p. 415. — Sur tout le développement, présenté au texte, voy. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 5-8, p. 16-18, p. 20-22, p. 27-29, p. 30-32, p. 81-83, p. 91, p. 94, p. 115, p. 138-139, p. 164, p. 191-193, p.198, p. 228, p. 240-241, p. 509. — *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, p. 8, p. 26, p. 63-69. — *Traité*, t. I, p. 11-12 (n° 4), p. 16-17 (n° 6), p. 17-18 (n° 7). — *Transformations dr. public*, p. 43, p. 45. — Comp. (*De la situation des particuliers à l'égard des services publics*), dans *Revue du droit public*, 1907-2°, t. XXIV, p. 414, p. 415, p. 417-418, p. 422, p. 439.

3. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 20-21.

4. Cons., par ex., L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 127, note 1, *in fine*. — *Transformations dr. pr.*, p. 36, p. 160-161, p. 162-165.

uns des autres, ayant, chacun à part, conscience et volonté, unis pourtant en des rapports incessants, qui constituent la vie sociale[1]. Cette vie sociale n'est pas sous l'empire de la causalité, mais plutôt, sous celui du but, qui, seul, peut suggérer les règles de sa conduite[2].

L'ensemble de ces préceptes constitue la morale, que l'on spécifie, en général, par la notion du bien en soi et du devoir s'imposant de le poursuivre[3], mais où DUGUIT prétend ne voir autre chose, que « la subordination de l'individu à une règle, qui lui impose des abstentions et des obligations envers les autres »[4] ; subordination issue « d'un fait, dont le concept est un ressort d'action, par suite de l'aspiration constante de l'homme à la vie, c'est-à-dire à la diminution de la souffrance individuelle »[5].

D'après cela, la morale contient en soi le droit[6]. Et, si elle en diffère, ce n'est que par le résultat de la netteté, plus ou moins grande, du concept, qui les fonde l'une et l'autre ; ce concept pouvant, chez les esprits d'élite, faire apparaître des règles de conduite plus larges, dont la masse ne saisit pas le caractère obligatoire, et qui composeront la morale proprement dite, tandis qu'on réservera le nom de droit aux impératifs, où la masse elle-même reconnaît la condition essentielle du maintien et du développement du fait, qui reste à la base de l'ordre social[7].

---

1. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 5-6. — *Traité*, t. I, p. 14-15 (n° 6).

2. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 16-18, p. 28 29, p. 81-82, p. 83, p. 138, p. 548. — *Traité*, t. I, p. 17 (n° 6). — *Transformations dr. public*, p. 157-158, p. 276.

3. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 103-105. — Voy. pourtant, comme se rapprochant de l'idée qu'il critiquait ici : L. DUGUIT, *Le droit social*, p. 9. — *Adde : Transformations dr. pr.*, p. 187. — Comp. *Traité*, t. I, p. 19.

4. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 101. *Adde :* p. 102.

5. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*. p. 104 Comp. p. 23-24.

6. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 81.

7. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 102. — *Traité*, t. I, p. 18-19 (n° 7). — Primitivement, DUGUIT ne consentait pas à voir

I

118. — Quel sera donc ce fait essentiel, dont la conscience doive entraîner la volonté de l'homme à le poursuivre ou à le développer, et qui se trouve ainsi constituer le substratum du droit objectif? Ce fait, — « le fait fondamental de toute société humaine »[1], — c'est la *solidarité* ou *l'interdépendance*[2] sociale, qui, « bien comprise, n'est que la coïncidence permanente des buts individuels et sociaux »[3].

En effet, si la seule chose, qui puisse être affirmée et placée à la base de toute étude de l'homme, c'est la pensée individuelle, consciente d'elle-même, tendant à s'extérioriser, à agir sur le monde, en vue d'un but, qui se résume dans la vie[4], il n'est pas moins incontestable, que l'homme fait partie de groupes ou de sociétés, qu'il sent nécessaires au développement même de son individualité[5]. En d'autres termes, « l'homme se saisit comme personne individuelle, ayant des besoins, des tendances, des aspirations. Il comprend aussi que ces besoins, il ne peut les satisfaire, que ces tendances, ces aspirations, il ne les

---

dans la morale, une science distincte du droit ou de l'économie politique. *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 501.

En ce point encore, il faut relever un notable progrès de la *seconde manière* sur la *première*. — D'ailleurs, les deux points de vue se concilieraient peut-être, aux yeux de Duguit, dans l'idée, qu'il n'y aurait qu'une science sociale, dont les distinctions ne représentent que des classifications. Voy. *L'État, le droit objectif*, p. 259. — Voy. encore une conception, un peu différente, de la morale, dans : *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 9 et *Transformations dr. pr.*, p. 187.

1. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 24. — Voy. *ibid.*, p. 23-24.

2. Cette dernière expression paraît décidément préférée par L. Duguit, *Le droit social*, p. 8. — *Transformations dr. pr.*, p. 26. — Comp. *Traité*, t. I, p. 14 (n° 6).

3. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 615. Comp. p. 10, p. 11, p. 24, p. 170.

4. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 25-30, p. 33-34.

5. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 31-39.

peut réaliser que par la vie commune avec d'autres hommes »[1]. — De là, des liens, qui unissent les hommes d'autant plus étroitement, qu'ils appartiennent à des groupes plus intégrés et plus cohérents, et qui, ainsi, sous mille formes et à des degrés différents, les rendent essentiellement solidaires les uns des autres[2].

Or, « les hommes d'un même groupe social sont solidaires les uns des autres : 1°) parce qu'ils ont des besoins communs, auxquels ils ne peuvent assurer satisfaction que par la vie commune; 2°) parce qu'ils ont des besoins différents et des aptitudes différentes, et qu'ils assurent la satisfaction de leurs besoins différents par l'échange de services réciproques, dus au développement et à l'emploi de leurs aptitudes différentes »[3]. — D'où, deux espèces de solidarité : la solidarité par similitudes[4], la solidarité par division du travail[5]; dont l'importance respective varie avec le progrès de la civilisation[6], la seconde tendant de plus en plus à prendre le pas sur la première[7], mais qui demeurent nécessaires, l'une et l'autre, pour assurer le développement intégral et continu de l'humanité par l'accroissement même des activités individuelles[8].

---

1. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 14 (n° 6).

2. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 14-15 (n° 6). — Comp. *L'État, le droit objectif*, p. 58-79.

3. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 15 (n° 6). *Adde : ibid.*, p. 15-16 (n° 6). — *L'Etat, le droit objectif*, p. 80-81.

4. Sur laquelle, voy. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 39-40. *Adde*, p. 57-62.

5. Voy., sur celle-ci : L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 40-52. *Adde :* p. 52-62.

6. « De la civilisation on peut dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre des besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps ». L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 101 (n° 27). — *Transformations dr. public*, p. 47. — Comp. *L'État, le droit objectif*, p. 51-52. — *Transformations dr. pr.*, p. 28.

7. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 62-69. — *Traité*, t. I, p. 15-16 (n° 6).

8. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 80-81. Comp. p. 48. – Et,

119. — Étant donné le fait de la solidarité sociale, ainsi reconnu dans sa double portée, l'homme, — être à la fois individuel et social, que guide une loi de finalité non pas transcendante et générale, mais immanente et spéciale [1], — par cela même qu'il a conscience de ce fait, doit en vouloir et en veut effectivement la réalisation Ainsi, surgit une règle de conduite, s'imposant aux hommes en vertu de la force des choses, *la règle de droit,* qui, en sa forme la plus générale, se peut énoncer ainsi : ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale, sous l'un de ses deux aspects; et faire tout ce qui est de nature à réaliser et à développer la solidarité sociale, tant la solidarité par similitudes que celle par division du travail [2].

« Cette règle de conduite [règle de droit], née de la solidarité sociale, se modèle en quelque sorte sur cette solidarité : elle nous apparaît avec les mêmes caractères » [3]. Sociale par son fondement, en ce sens qu'elle n'existe que parce que les hommes vivent en société, elle est individuelle, d'une part en ce qu'elle est contenue dans les consciences individuelles, seules, d'ailleurs, réellement saisissables, d'autre part, en ce qu'elle ne s'applique et ne se peut appliquer qu'à des individus [4].

« Étant individuelle, la règle de droit est, par là même, diverse » [5]. Car, si elle impose à tous une coopération générale à la solidarité sociale, elle impose cependant et imposera, de plus en plus, à chacun, des obligations différentes, parce que, contrairement à la conception, si com-

---

pour l'application de ces idées, tant dans la cité antique que dans la nation moderne : *ibid.*, chap. I, §§ V-VI, p. 62-79.

1. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 83. Comp. p. 28.

2. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 80-91, p. 615. — *Traité*, t. I, p. 17 (n° 7). — Comp. *Le droit social,* p. 6-13. — Voy. aussi : *Transformations dr. public*, p. 44-45.

3. L. Duguit, *L'État, le droit objectif,* p. 91.

4. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 91-95. — *Traité*, t. I, p. 17-18 (n° 7).

5. L. Duguit, *Traité,* t. I, p. 18 (n° 7).

munément répandue, de l'égalité mathématique des hommes, ceux-ci ont des aptitudes et des conditions différentes et que cette diversité augmente en raison de la civilisation [1].

D'autre part, « la règle de droit est à la fois permanente et changeante ». Tandis, en effet, que son fondement réside dans la société même, postulant toujours la solidarité sous son double aspect, « en même temps, les formes, que revêtent et qu'en fait ont revêtues la solidarité par similitudes et la solidarité par division du travail, peuvent varier à l'infini, ont varié et varieront à l'infini » [2]. — Par suite, la règle de droit, qui se modèle d'après ces formes et d'après les aspects divers des sociétés humaines, loin d'être une règle idéale et absolue, de laquelle les hommes devraient travailler à se rapprocher chaque jour davantage, suivant la conception courante [3] du droit naturel, apparaît comme une règle variable et changeante, de telle sorte que le rôle du jurisconsulte soit de l'adapter, en chaque application particulière, à la structure d'une société donnée [4].

120. — Au surplus, la règle de droit, — synthèse pratique de la solidarité sociale, — douée d'une portée générale, indépendante de l'État, antérieure et supérieure à lui, — s'impose à tous les individus, proportionnellement à leur capacité d'agir [5].

---

1. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 95-96. — *Traité*, t. I, p. 18 (n° 7). — Sur la notion de civilisation, d'après Duguit, voy., ci-dessus, p. 201, note 6 (n° **118**).

2. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 18 (n° 7).

3. Sans la discuter pour l'instant, je fais toutes réserves sur l'assertion, que telle serait la conception « courante » du droit naturel. Voy. ci-après, n° **130**.

4. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 18 (n° 7), — Rappr. *ibid.*, p. 10 (n° 3) et p. 12 (n° 4). — Comp. *L'État, le droit objectif*, p. 98-100, p. 149-152, p. 428.

5. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 97-98. — *Traité*, t. I, p. 7-9

Elle s'impose aux particuliers, qui, obligés de coopérer à la solidarité sociale, sous ces deux formes, auront — comme contre-partie nécessaire de ce devoir — le pouvoir (ou droit) de faire tous actes, impliquant pareille coopération, et d'empêcher que qui que ce soit mette obstacle à l'accomplissement du rôle social incombant à chacun d'eux[1]. — Dès lors, si une volonté individuelle se manifeste à l'extérieur et se traduit en un acte déterminé par un but conforme à la solidarité sociale, cet acte doit produire un effet social, c'est-à-dire que la chose voulue devra socialement se réaliser, et que l'obligation de coopérer à sa réalisation s'imposera, sous une sanction sociale, à toute volonté qui puisse y contribuer (acte juridique créant une situation juridique subjective)[2]. A l'inverse, toutes les fois qu'une volonté individuelle se produira en un sens contraire, par son but, à la solidarité sociale, elle encourra une réaction collective, qui en sanctionnera l'inefficacité[3].

Mais la règle de droit, fondée sur la solidarité sociale,

(n° 2). — Comp. *L'État, le droit objectif*, p. 149, p. 157, p. 226-227, p. 427-428.

1. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 19-20 (n° 7).

2. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 139-140, p. 144-148, p. 160-161, p. 172-174. — *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 18 (n° 7). — Comp. *Traité*, t. I, p. 106 (n° 27), p. 110 (n° 28), p. 195 (n° 42), p. 219 (n° 46). — Il importe de noter que, suivant Duguit, indépendamment de la situation juridique subjective, qu'il engendre, s'il est conforme à la solidarité sociale, l'acte juridique peut également être la condition d'un pouvoir objectif, simple application de la règle de droit. Cela se rencontre, notamment, à propos du mariage, de la propriété. Voy. *L'État, le droit objectif*, p. 196-212. *Adde* p. 612.

3. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 165, *in fine*, p. 214-215; comp. p. 215-224. — Notons, ici encore, que, d'après Duguit, l'acte volontaire, déterminé par un but contraire à la règle de droit, comme aussi le fait non volontaire, ne sont pas générateurs d'une situation juridique subjective, mais simplement condition d'application d'une règle objective, impliquant pouvoir objectif. Exemples dans le délit, la mort, la naissance. Voy. *L'État, le droit objectif*, p. 212-226. *Adde* p. 596-597, p. 609.

ne s'impose pas moins aux gouvernants, qui ne sont que des individus plus forts que les autres, et qui doivent à cette supériorité de pur fait l'autorité, dont ils jouissent dans la société et vis-à-vis des gouvernés [1]. A vrai dire même, si les obligations, qu'elle engendre, sont de mêmes nature et fondement pour tous, elles sont plus étendues, en nombre et en portée, pour les gouvernants, à raison de la plus grande capacité d'agir, dont ils sont investis [2]. — Non seulement, il en résulte, pour eux, l'obligation d'assurer, par l'emploi de la force, l'obtention d'un résultat visé par une volonté particulière, toutes les fois que celle-ci a été déterminée par un but de solidarité sociale [3]. — Mais, plus généralement encore, soit qu'ils administrent au moyen d'actes de volonté de même nature que ceux des particuliers (contrats ou autres actes juridiques), soit qu'ils jugent, pour réprimer les violations du droit objectif, ou pour constater l'existence des situations juridiques subjectives, déclarant vouloir qu'elles se réalisent et assurant à cette réalisation la contrainte matérielle, dont ils disposent, soit qu'ils légifèrent par la constatation solennelle des règles du droit objectif et l'organisation des moyens aptes à en procurer la réalisation [4], les gouvernants doivent

1. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 6, p. 9-10, p. 12, p. 15, p. 21-22, p. 115-116 (comp. 105-137), p. 185-186, p. 214-215, p. 227-228, p. 242-255. p. 258-262, p. 302. p. 319, p. 349-350, p. 352-359, p. 615-616, p. 617. — *Traité*, t. I, n[os] 8-13, p. 22-41 ; n[o] 20, p. 67-69 n[os] 23-25, p. 79-94. — *Le droit social*, p. 44-49; comp. p. 41-43.

2. L. Duguit, *L'Etat. le droit objectif*, p. 97-98. p. 263-272, p. 302-306, p. 352-357. — Les observations, présentées ci-dessus, p. 204, notes 2, *in fine* et 3, *in fine* (n° **120**), relativement aux actes de volonté des gouvernés, s'appliquent, *mutatis mutandis* aux actes volontaires des gouvernants. Voy. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 272, texte et note 1.

3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 264-265.

4. L. Duguit, L'*Etat, le droit objectif*, p. 412-429. — Comp. *L'Etat, le droit objectif*, p. 429-446. — *Traité*, t. I, p. 43 (n° 14). — *Adde*, sur les fonctions de l'État : *Traité*, t. I, première partie, chap. II, n[os] 33-54 *a*, p. 129-292. — *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1906, t. XXIII, p. 413-471.

constamment s'inspirer des exigences de la solidarité sociale, tant en respectant les similitudes qu'en favorisant la division du travail[1]. En même temps, — et comme par un prolongement de cette mission, — il leur incombe d'établir, au profit des particuliers, des garanties sérieuses contre l'abus et les excès de leur autorité, ou, plutôt même, de leur force, propres[2]; aussi bien qu'ils doivent veiller à « maintenir la forme sociale en laquelle sont groupés les individus, qui sont subordonnés à leur puissance matérielle »[3]. Ajoutez que le rôle éminent des gouvernants se traduit surtout en l'acte législatif, ou émission de la loi positive matérielle (et non formelle), qui, dans la civilisation moderne, apparaît comme le mode normal et régulier de constater autoritairement la règle de droit, d'une manière générale et abstraite[4], et qui, obligatoire pour tous[5], constitue, à titre de garantie des gouvernés, la limite et la direction nécessaires de l'action administrative ou juridictionnelle des gouvernants[6].

121. — D'une part, dès lors, dans toutes leurs façons d'intervenir, et notamment dans leur action législative, les gouvernants, — que représente la notion moderne de

---

1. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 261-267. — *Traité*, t. I, n° 16, p. 50-55 (L'État lié par le droit).

2. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 186. — *Traité*, t. I, p. 53 (n° 16). — *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 662-663 (n° 95). — *Traité*, t. I, n°s 38-39, p. 152-179, n°s 49-50, p. 245-260, n° 54, p. 282-288.

3. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 299. *Adde*, p. 299-300.

4. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 501-502; et, pour le développement : p. 503-539. Voy. encore p. 561, p. 616. — *Adde : Traité*, t. I, n° 35, p. 134-142.

5. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 502-503; et, pour le développement : p. 539-551. — *Adde : Traité*, t. I, n° 36, p. 142-149.

6. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 428-429, p. 466-468, p. 502-503. — *Traité*, t. I, p. 56 (n° 17), t. II, p. 1-2 (n° 92). — *Adde*, pour l'histoire de ce principe, qui implique le caractère abstrait et général de la loi : *L'État, le droit objectif*, p. 469-501. — Comp. encore, sur le vrai caractère de la loi : *Le droit social*, p. 50-62.

l'État, — ne pourront rien faire, qui soit contraire à la solidarité sociale [1].

Et, d'abord, à la solidarité par similitudes. — C'est ainsi, qu'avant tout, ils devront respecter l'égalité des hommes, en assurant la même protection à toutes les classes d'hommes, malgré les différences qui les séparent, en sauvegardant également leurs aptitudes diverses et la satisfaction de leurs besoins dissemblables ; d'où, bien des applications pratiques, par exemple, en ce qui concerne le service militaire, l'impôt progressif, l'enseignement [2]. Ils ne pourront porter atteinte au premier besoin, le plus évident et le plus général, des hommes, le besoin de vivre, et, par suite, de se procurer tous les éléments nécessaires à la subsistance, ce qui condamne toutes les mesures menaçant directement la vie, comme aussi celles, dont le résultat serait l'accaparement ou un surenchérissement prohibitif des denrées de première nécessité [3]. — Pas plus ne pourront-ils entraver le libre développement de l'activité de chacun, sauf dans la mesure nécessaire pour que les activités individuelles ne se gênent pas réciproquement ou pour protéger la liberté de tous. En conséquence, la puissance politique doit laisser intacte la liberté individuelle, au sens étroit du mot, comprenant la liberté d'aller et de venir [4] ; elle ne saurait légitimement restreindre la liberté du travail ni interdire la libre et entière appropriation ou la conservation par chacun du produit de son travail, que menacerait la constitution d'un monopole individuel des instruments de production, ou propriété capitaliste, susceptible seulement d'une recon-

1. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 12, p. 272-274, p. 279-280. — *Traité*, t. I, p. 50, p. 51 (n° 16), t. II, p. 2, p. 4 (n° 93).
2. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 280-281.
3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 281.
4. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, nos 96-98, p. 22-47.

naissance momentanée[1]. — La poursuite de la même idée, en vue du libre développement intellectuel de l'homme, consacre, contre les entreprises de l'État, la liberté, pour l'individu, de penser librement, d'exprimer librement ses pensées par la parole et par l'écrit, et, en conséquence, la liberté de réunion, la liberté d'enseignement, la liberté de la presse et la liberté religieuse[2].

« De même que les gouvernants ne peuvent porter atteinte à la solidarité par similitudes, de même ils ne peuvent, en vertu du devoir juridique qui limite leur action, toucher à la solidarité par division du travail, qui a pour facteur essentiel le libre développement des aptitudes spéciales et la satisfaction des besoins particuliers »[3]. — Aussi, l'égalité, que l'État doit reconnaître entre les hommes, n'est-elle pas une égalité mathématique, mais plutôt une égalité proportionnée aux aptitudes et besoins de chacun; ce qui rend le suffrage universel égalitaire, comme mode de participation aux affaires publiques, fort inférieur au système du vote plural[4]. De là résulte encore, que, non seulement l'État ne peut imposer aux individus un rôle spécial déterminé, une profession particulière, les enfermer dans une classe, une caste ou une corporation, mais qu'il doit leur assurer l'épanouissement de leurs individualités, par les libertés d'association et de fondation, reconnues en principe[5].

Enfin, le respect de la solidarité sociale, sous ses deux formes, interdit à l'État de gêner, soit les manifestations

1. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 281-282. — *Traité*, t. II, p. 2 (n° 93), p. 157 (n° 115).

2. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 282-283. — Comp. *Traité*, t. II, n°s 104-106, p. 68-81, n° 108, p. 89-95 et n° 110, p. 100-109.

3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 283.

4. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 283-284. — Comp. *Traité*, t. II, n° 95, p. 16-22 et encore t. I, p. 318-319 (§ 58), t. II, p. 189 et p. 196 (n° 120).

5. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 285-287. — Comp. *Traité*, t. II, n°s 113-114, p. 138-151.

juridiques, soit les manifestations, indifférentes au droit, de la volonté individuelle. Qu'elles soient contractuelles ou non, synallagmatiques ou unilatérales, les premières méritent la protection publique, les secondes ont, du moins, droit à se produire en pleine et entière liberté [1].

D'autre part, « à côté de ses obligations négatives, l'État a des devoirs juridiques objectifs, d'ordre positif, qui se rattachent au même principe » [2]. Et, contrairement aux déductions les plus logiques de la doctrine individualiste, il faut affirmer, dans la doctrine solidariste, que « l'Etat est juridiquement obligé de faire tout ce qui est en son pouvoir pour assurer la réalisation de la règle de droit, telle qu'elle est comprise dans un pays et à une époque déterminée » [3]. Plus précisément, « l'Etat est juridiquement obligé de coopérer, en employant la force, dont il dispose, à la solidarité par similitudes et à la solidarité par division du travail » [4].

Or, — pour coopérer notamment à la solidarité par similitudes, — il défendra contre tous obstacles, même par la force, la satisfaction des besoins communs, ainsi, en protégeant la vie de tous par des mesures de salubrité et de sécurité générales, légitimes, alors même qu'elles restreignent la liberté individuelle, du moment qu'elles sont nécessaires et les mêmes pour tous [5], en réprimant, au moyen de pénalités, également générales et nécessaires, les atteintes portées aux besoins communs, même dans la personne d'un seul [6]. Bien plus, il assurera, s'il le peut, à l'aide de la

1. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 287-288.
2. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 288. — Comp. p. 12.
3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 288. — Comp. p. 15, p. 272-279. — *Traité*, t. I, p. 13 (n° 4), t. II, n° 93, p. 2-5.
4. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 288.
5. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 288-289.
6. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 290-291. L'auteur fait une réserve pour la peine de mort, par le motif, qu'en prononçant cette peine,

contrainte matérielle, la satisfaction des besoins communs, spécialement par la garantie d'un travail suffisamment rémunérateur, à tout individu valide, capable de travailler, et par l'assistance aux enfants, aux invalides, aux vieillards[1]. — En même temps, il doit protéger, en chaque particulier, le libre développement de son activité physique et intellectuelle, et garantir la liberté individuelle de chacun par des mesures préventives et répressives, qui sont elles-mêmes des restrictions de la liberté individuelle, justifiées par leur nécessité même, à condition de s'appliquer à tous[2]. Ceci légitime et dirige pareillement l'organisation, protectrice et limitative à la fois, des libertés publiques[3], liberté individuelle proprement dite[4], liberté d'opinion[5], inviolabilité du domicile[6], liberté du travail[7], liberté de réunion[8], liberté de la presse[9], liberté de l'enseignement — sous réserve de l'instruction primaire obligatoire, de la surveillance officielle de l'enseignement libre, de l'organisation d'un enseignement d'État offert à tous et gratuit comme enseignement élémentaire[10], — la liberté religieuse[11], la propriété individuelle[12], etc.

En sauvegardant et régularisant ainsi le libre dévelop-

---

l'État porte atteinte au besoin primordial de tout être, le besoin d'existence.

1. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 291-292. — Comp. *Traité*, t. II, p. 3, p. 5 (n° 93); p. 17, p. 21 (n° 95); p. 159-164 (n° 116).

2. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 292-293.

3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 293-296. — Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n°s 93-94, p. 2-16 : n° 96, p. 22-26.

4. Comp. L. Duguit, t. II, n° 97-98, p. 26-47.

5. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n° 104, p. 68 72; n° 109, p. 95-100.

6. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n° 99, p. 47-50.

7. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n°s 100-103, p. 50-68.

8. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n° 105, p. 72-76.

9. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n° 108, p. 89-95.

10. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n°s 106-107, p. 76-89.

11. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n°s 110-112, p. 100-138.

12. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. II, n° 115, p. 151-158.

pement des activités individuelles, l'Etat coopérera également à la solidarité par division du travail, puisqu'il assurera à chacun le pouvoir de mettre en valeur ses aptitudes propres [1].

Par ailleurs, son obligation générale de réaliser, sous les deux formes, la solidarité sociale, entraîne aussi, pour l'État, le devoir et le pouvoir de prohiber ou d'annuler les actes des volontés individuelles, qui contrarieraient cette solidarité [2]. Cette idée trouve une application notable dans la réglementation du prétendu contrat de travail [3]. — Au surplus, il ne faut jamais oublier que, dans la détermination même des moyens de contrainte à employer, l'autorité politique reste strictement soumise, comme toujours, à la règle de droit [4].

Finalement, si l'on ne retient que les résultats les plus saillants et les plus tangibles des déductions qui précèdent on aperçoit que le principe de la solidarité sociale, s'imposant à l'État, au point de vue positif, justifie et précise — pour employer la terminologie courante — le droit à un minimum d'enseignement, le droit au travail, le droit à l'assistance, l'intervention de l'État dans la réglementation du travail et par la protection des travailleurs [5], voire même l'obligation légale du travail pour tout citoyen [6].

Que si les devoirs, ainsi imposés à l'État envers les individus par la solidarité sociale, manquent souvent de

1. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 296-297.
2. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 297-298.
3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 298-299. — Comp. *Traité*, t. II. n° 103, p. 64-68.
4. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 279-280. Comp. *ibid.*, p. 300-302.
5. L. Duguit, *Traité*, t. II, p. 64-68 (n° 103). — Comp. *L'État, le droit objectif*, p. 274-280, p. 298-299.
6. L. Duguit, *Traité*, t. II, p. 3, p. 5 (n° 93). — *Le droit social*, p. 63-68 (2e conférence, § IV). — *Transformations dr. pr.*, p. 20-21, p. 48-49.

sanction directe, en raison de l'impossibilité, pour les gouvernants, de tourner la force publique contre eux-mêmes [1], ils doivent, du moins, trouver dans l'organisation constitutionnelle, certaines garanties, que c'est encore le devoir de l'Etat d'établir [2]. Et, au besoin, leur méconnaissance flagrante légitimerait le droit à l'insurrection, qui en reste la sanction extrême, et, pour certains cas, indispensable [3].

122. — Ces indications sommaires suffisent à faire comprendre comment la règle de droit, basée sur la solidarité sociale, fixe une direction précise et nette à l'activité de l'Etat [4]. — Mais il ne faut pas oublier qu'elle domine et valide, en même temps, les volontés particulières, qui se manifestent dans le domaine juridique.

Tout acte de volonté, déterminé par un but conforme à la règle de droit, mérite d'être reconnu et sanctionné par la force sociale [5]. Tout acte, déterminé par un but contraire à la solidarité, est antijuridique, et, comme tel, ne comporte ni efficacité ni sanctions sociales, bien plus, donne lieu à une réaction destinée à venger la regle de droit méconnue [6]. L'acte, indifférent à la solidarité sociale, ne compte pas, juridiquement parlant, et ne peut, par suite, être sanctionné par la force, mais rentre dans la

1. L Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 651-652 (n° 94). — Comp. *Traité*, t. I, p. 143, p. 145 (n° 36). — *Adde : L'Etat, le droit objectif*, p. 306-311.

2. L. Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 652-661 (n° 94). — *L'Etat, le droit objectif*, p. 317-318.

3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*. p. 311-317, p. 377, p. 424. — Comp., sur la résistance à l'oppression : *Traité*, t. II, n° 117, p. 164-174.

4. Voy. encore L. Duguit, *Traité*, t. II, n° 93, p. 2-5. — *Le droit social*, p. 50-62.

5. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 19, p. 84-86, p. 139, p. 144-146, p. 161-162, p. 172.

6. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 86-88, p. 139, p. 146, p. 214-215, p. 287.

sphère de la liberté légitime [1]. Et toutes ces solutions s'imposent, sans distinguer suivant qu'il s'agirait de la volonté des gouvernants ou de celle des gouvernés [2].

Il est vrai que semblable conclusion, qui paraîtrait devoir conduire à l'anarchie, se trouve notablement atténuée, de ce fait, que les litiges, soulevés par le caractère juridique des actes à apprécier *in concreto*, ne peuvent être tranchés qu'en vertu du pouvoir juridictionnel de l'Etat, et que, dans le régime de légalité, tel que le traduit L. Duguit, ce pouvoir juridictionnel ne se peut exercer qu'en conformité de la loi positive [3], de façon, qu'en dernière analyse, celle-ci se trouve, par une sorte d'interprétation autoritaire de la solidarité sociale, décider souverainement de ce qui doit réellement être tenu pour la règle de droit [4]. Toutefois, il semble bien qu'il n'y ait là qu'un expédient indispensable à la vie pratique et que, mise à part cette nécessité purement technique, la solidarité sociale doive, seule et en soi, dominer toute l'organisation juridique positive [5].

Il convient encore d'observer que, dans la dernière forme qu'il a entendu donner à ses idées, L. Duguit ne

---

1. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 212-214, p. 287, p. 301-302.

2. Voy., notamment encore, outre les passages cités aux trois notes qui précèdent : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 114-121, p. 137, p. 260-272, p. 302, p. 367-371, p. 373, p. 411, surtout p. 423-425, p. 468. — *Adde* les applications faites, par exemple, aux lois qui violeraient la non-rétroactivité, telle qu'elle s'impose : *Traité*, t. I, p. 180, p. 182, p. 184-185, p. 186, p. 188 (§ 40); ou à celle qui établirait une amnistie purement individuelle : *Traité*, t. I, p. 217, *in fine* (§ 45).

3. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 195 (§ 42); p. 204 (§ 44); p. 214 (§ 45); p. 219 (§ 46); p. 245 (§ 49); t. II, p. 1-2 (n° 92).

4. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 429, p. 466-468, p. 521, p. 532-533. — *Traité*, t. I, p. 50, p. 52 (n° 16); p. 93 (n° 25); p. 140 (n° 35); t. II, p. 2 (n° 92).

5. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 302-311, p. 423-425, p. 616, p. 617. — Comp. p. 279-280, p. 349-359, p. 376-378. Voy. aussi : p. 531-535, p. 536-537, puis p. 560-561. — *Adde : Traité*, t. I, p. 41-42 (n° 14); p. 50-63 (n° 16); t. II, p. 164 (n° 117).

fait plus, de la solidarité ou de l'interdépendance sociale, qu'une explication *possible* de la règle de droit et de ses conséquences, mais qu'il accepte cette règle de droit, comme un fait de conscience ou un objet de croyance, s'imposant de soi — à peu près comme le devoir d'après Kant — et alors même qu'on n'en saurait admettre une justification pleinement adéquate [1].

123. — Dans l'exposé, que je viens de tenter de la doctrine de L. Duguit, en tant qu'elle intéresse les données essentielles et générales du droit positif, j'ai, autant que possible, cherché à faire abstraction de la forme assez nouvelle, dont l'auteur a revêtu ses idées [2]; non pas, assurément, que je veuille méconnaître l'importance, très notable, de ces dehors, pour l'efficacité et la mise en valeur du système de fond qu'ils encadrent [3]; mais plutôt, parce que, d'une part, il était nécessaire de montrer qu'en lui-même le contenu du système reste distinct et séparable de l'armature verbale ou logique que son auteur lui a donnée, et que, d'autre part, l'appréciation de ce côté, purement constructif ou technique, de l'œuvre ressortit plus directement à d'autres parties du présent travail [4].

Il me suffira donc, à cette place, de rappeler ou de

1. Voy. surtout : L. Duguit, *Transformations dr. public*, p. 44-45. — Comp. *L'Etat, le droit objectif*, p. 91 ; — et dans *Revue du droit public*, 1907-2°, t. XXIV, p. 417-418. — Voy. aussi : *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 8-9.

2. On trouvera, au contraire, un exposé et une critique de l'œuvre de L. Duguit, envisagée *principalement*, ce semble, au point de vue de cette forme, dans le compte rendu de « L'Etat, le droit objectif et la loi positive » par MM. Hauriou et Mestre, *Revue du droit public*, 1902-1°, t. XVII, p. 346-366

3. Voy., par exemple, en ce qui concerne la notion de propriété, dont il sera parlé plus loin (n° **127**) : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 205-212; comp. p. 152, p. 597.

4. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et Technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, chap. quatrième, n°s **35-56**, p. 101-164 et ci-après : 3e part., Élaboration technique du droit positif.

signaler que, pour Duguit, les règles de conduite, issues de la solidarité sociale, sont, par là même, *règles de droit*, dont l'ensemble constitue le *droit objectif*; que ce droit objectif engendre, directement, tant pour les gouvernés que pour les gouvernants, des *devoirs objectifs*, ayant pour contre-partie nécessaire des *pouvoirs* également *objectifs* (d'où certains *états* d'ordre général); que, sur le fondement de ces pouvoirs, se produisent, de la part des uns comme des autres, des actes de volonté, dont résultent - s'ils sont déterminés par un but conforme à la solidarité sociale et méritent ainsi le nom d'*actes juridiques* — des *situations juridiques subjectives*, correspondant à ce qu'on appelle plus ordinairement les *droits subjectifs* des individus [1]. En même temps, les actes juridiques peuvent parfois apparaître comme formant la condition d'un pouvoir objectif [2]. Et tel est le seul résultat, juridiquement possible, des actes de volonté contraires au droit, comme des faits non volontaires [3].

A cela s'ajoute, qu'en vertu de la conception purement positiviste de Duguit, la notion *a priori* de droits subjectifs naturels ne saurait être admise [4], de telle sorte, notam-

---

1. Pour tout cela, voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 139-140, p. 142, p. 147-148, p. 148-155, p. 160, p. 203, p. 212. — Comp. *ibid.*, p. 577-593, p. 613-618, et *Traité*, t. I, n° 1, p. 1-7 et n° 7, p. 17-23. — Sur ces notions, envisagées d'un point de vue critique et notamment dans le droit administratif français, rappr. Hauriou et Mestre, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1°, t. XVII, p. 359-365.

2. Voy., par exemple : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 196-212 et p. 612.

3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 212-226, p. 596-597, p. 609.

4. Voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 7-8, p. 11-15, p. 121, p. 135, p. 137, p. 140-143, p. 256-257, p. 272-275, p. 517-519, p. 578, p. 586. — *Traité*, t. I, n°s 3-4, p. 9-13. — *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 3-5, p. 10-17. — *Transformations dr. pr.*, p. 9-15 ; comp. p. 16-19. — *Revue du droit public*, 1907, t. XXIV, p. 419 : « ... le mot droit prête à toute sorte de confusions, et, au

ment, qu'il n'y ait pas plus de droit individuel de propriété pour les particuliers que de droit de puissance publique pour l'Etat[1]. Il ne faut même pas parler de sujets, actif et passif, entre lesquels existerait un rapport de droit. Mais, ce que l'on appelle *droit subjectif*, et qui serait mieux dénommé *situation juridique subjective*, « implique seulement une volonté individuelle qui a voulu légitimement un certain agissement, une certaine volonté qui est obligée d'accomplir cet agissement, un élément qui en retire profit, une force qui peut et doit, si elle existe, être employée à en assurer la réalisation »[2].

Par un prolongement ultérieur du même point de vue, l'État n'apparaît, ni comme une personnalité souveraine, — la personnalité collective ne se concevant d'ailleurs pas[3], — ni même comme un sujet de droit[4]. Il se représente simplement en un ou plusieurs individus, — investis des devoirs et pouvoirs objectifs, qu'engendre, pour tous, la solidarité sociale, — mais qui, plus forts que les autres, et en vertu de cette force même, auront, dans le milieu d'une nation et les limites de son territoire[5], des devoirs plus étendus et des pouvoirs plus efficaces, se réalisant

---

risque de paraître paradoxal, nous estimons que ce serait un grand progrès de bannir ce mot de la langue scientifique ».

1. Voy., par exemple : L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 17-32. Comp. p. 33-40.

2. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 212. — *Adde : ibid.*, p. 19, p. 142, p. 150-160, p. 174-183, p. 190-195, p. 202-203. — Comp. *ibid.*, p. 577-593 et p. 597-612. — Voy. aussi : *Transformations dr. pr.*, troisième conférence, p. 52-81, où la notion de personne, sujet de droit, est remplacée par la notion de but. *Adde : ibid.*, p. 103-113. Comp. R. Stammler, *Unbestimmtheit des Rechtssubjektes*, Giessen, 1907, § 3, *Begriff des Rechtssubjektes*, p. 21-33, notamment p. 28-29.

3. Voy., par exemple : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 1-8, p. 10, p. 142, p. 176-180, p. 319-328; comp. p. 328-349. — Au fond, Duguit condamne et rejette toute personnalité morale : *Traité*, t. I, p. 61 (no 18).

4. L. Duguit, *Traité*, t. I, no 15, p. 43-49.

5. L. Duguit, *Traité*, t. I. no 21, p. 69-77 et no 26, p. 94-98.

par l'organisation et le contrôle des services publics[1].

De là se déduit très logiquement la quasi-équivalence du droit public et du droit privé, ou, du moins, la réduction au minimum (limitée exclusivement à la sanction) des différences qui séparent ces deux branches[2].

Enfin, le rôle, si considérable, assigné à la volonté individuelle par toute la construction de DUGUIT, se double et se renforce, encore, du fait, que, pour lui, cette volonté n'a pas besoin, pour avoir effet, d'être enchaînée par le contrat ; elle vaut pleinement dans les limites de sa conformité à la règle de droit, comme volonté simplement unilatérale[3]. On peut ajouter qu'elle réalise son effet dans la personne, quelle qu'elle soit, visée par l'auteur de l'acte de volonté, sans qu'il soit besoin d'une fiction de représentation, d'ailleurs inadmissible en soi[4].

II

124. — Après avoir amplement posé les idées générales dominant l'ordre social et juridique dans son ensemble, L. DUGUIT n'a pas hésité à les traduire, au moyen de développements, qui en montrassent toute la

---

1. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 1-8, p. 11-12, p. 19-20, p. 21-22, p. 105-137, p. 157, p. 227-272, p. 302-306, p. 349-394, p. 540-542, p. 553-554, p. 564, p. 613-616. — *Traité*, t. I, n° 8, p. 22-23 ; n°s 14-16, p. 41-55 ; n°s 27-32, p. 98-128. — Comp. ci-après, n° **124**, p. 217-225.

2. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 7, p. 20, p. 186 187, p. 201, note 1, p. 270, p. 369-370, p. 375, p. 588. — *L'Etat, les gouvernants et les agents*. Paris. 1903, p. 403. — *Traité*, t. I, n° 19, p. 61-66.

3. Voy. notamment : *L'Etat, le droit objectif*, p. 53-57, p. 172-174, p. 183-185, p. 187-190, p. 287-288, p. 297, p. 298, p. 359-360, p. 367, p. 370, p. 373-374, p. 375 376, p. 380-383, p. 393-394 (comp. pour la *Vereinbarung* : p. 394-409), p. 409, p. 414. — *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 80-84.

4. L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 152-153. p. 191-192. — *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, p. 8-9.

fécondité, dans le domaine du droit positif français, tant public que privé [1].

Négligeant ici les détails de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics, qui forment comme le revêtement du droit constitutionnel ou administratif [2], pour ne retenir que le contenu et l'essence du droit public, je puis prendre comme base de mon résumé, sur ce point, la substantielle brochure, que L. Duguit a consacrée aux *transformations du droit public* [3], et où se trouvent condensés, sous la forme la plus récente, les principaux résultats de son effort, pour fixer le caractère et le rôle de l'État moderne, résultats qu'il est aisé de compléter au moyen d'un retour à quelques passages de ses œuvres antérieures. Il ne s'agit, d'ailleurs, — vu l'objectif propre du présent travail, — que d'esquisser les traits les plus saillants d'une construction, qui encadre, plutôt qu'elle ne constitue, le noyau intime et profond de la vie juridique.

En droit public, L. Duguit s'était, avant tout, posé comme négateur [4]. Il niait la souveraineté et la personnalité de l'État [5], pour ne reconnaître que le fait d'une plus grande force, dont les détenteurs varient suivant les conditions historiques [6]. Cette puissance de fait, il répugne

---

1. Bien qu'il ait vivement contesté le mérite de la distinction du droit public et du droit privé (voy. ci-dessus, p. 217 texte et note 2 [n° **123**]), L. Duguit a continué à s'en servir, pour des raisons pratiques.

2. Voy. L. Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907. — *Traité de droit constitutionnel*, 2 vol., Paris, 1911. — *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1911 ; — dans la plus grande partie de leurs développements.

3. L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913.

4. Voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*. Conclusion, p. 613-618. — *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 22-40, p. 104.

5. Voy. encore : L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. I, p. 1-32.

6. Voy. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 6, p. 9, p. *242-255*,

à l'ériger en puissance du droit, comme en vertu d'une sorte de suprématie autonome. Il l'abaisse sous la règle de droit, elle-même fondée sur la solidarité sociale[1]. Aussi limite-t-il son action légitime à l'organisation et à la mise en œuvre des services publics, devenus de plus en plus nombreux et variés. Le service public doit, suivant L. Duguit, dominer, justifier et régler la prétendue puissance publique, comme le devoir social domine, justifie et règle les prétendus droits subjectifs. C'est donc cette notion de service public, qui devient, à ses yeux, la notion fondamentale du droit public contemporain[2].

Or, le service public, répondant à l'idée d'une fonction sociale qui s'impose aux gouvernants, reste, comme l'indique son nom, le service assuré, par ceux qui ont la puissance suprême, par ces plus forts, que synthétise l'État[3]. Et, comme une judicieuse division du travail répartit les fonctions de l'État en fonction législative, administrative, juridictionnelle, il s'agit principalement de préciser comment la notion moderne de service public

---

p. 268, p. 349-350, p. 615-616, p. 617. - *Le droit social*, p. 42, p. 44-49. — *Traité*, t. I, n° 13, p. 37-41 ; p. 48 (n° 15); n° 23, p. 79-85 ; p. 90-91 (n° 25). — *Transf. dr. public*, p. 41-42.

1. Voy. notamment : *L'Etat, le droit objectif*, p. 9-15, p. 255-318. — *Traité*, t. I, nos 5-8, p. 13-23 ; n° 16, p. 50-55 ; t. II, n° 93, p. 2-5 ; n° 116, p. 158-164.

2. L. Duguit, *Transformations dr. public*, p. 32 ; chap II, §§ I-V, p. 33-58. — *Traité*, t. I, n° 27, p. 98-107.

3. L. Duguit, *Transformations dr. public*, p. 33. — On trouve une définition, plus précise, du service public, dans *Traité*, t. I, p. 99-100 : « c'est toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être assurée complètement que par l'intervention de la force gouvernante » ; — cette définition est reproduite dans *Transformations dr. public*, p. 51. Voy. aussi *Le droit social*, p. 139 et *Revue du droit public*, 1907, t. XXIV, p. 415-418, p. 421.

dirigera chacune de ses fonctions, en garantissant à tous les intéressés sa mise en œuvre régulière[1].

La fonction législative dépasse toutes les autres, puisqu'elle tend à fixer la direction générale de la vie sociale (lois normatives), ou à organiser les mesures aptes à la maintenir et la développer (lois constructives), en constatant obligatoirement la règle de droit objectif[2]. — C'est dire que la loi positive, produit naturel de cette fonction, qui peut d'ailleurs s'exercer au moyen d'organes fort divers[3], reste elle-même dominée par la règle de droit dont elle n'est que l'expression officielle[4]. De là, ses limites et la responsabilité attachée à sa création. D'une part, la loi positive reste sans valeur, si elle méconnaît le droit objectif issu de la solidarité sociale[5]. Et il s'agira seulement d'en organiser une critique contentieuse, qui assure la sanction de son inefficacité, sans se heurter à une constitution positive manifestement rebelle, que les progrès de la jurisprudence et la pratique permettront d'adoucir dans le sens désirable[6]. D'autre part, la loi positive, qui porterait atteinte aux situations particulières consacrées par la règle de droit, émanât-elle du parlement lui-même, entraîne, à la charge de l'État, une

1. Voy. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. II, §§ VI-VII, et chap. III-VI. — Comp. *L'Etat, le droit objectif*, chap. VI, § I, p. 412-429. — *Traité*, Première partie, chap. II, t. I, p. 129-292.

2. L. Duguit, *Transformations du dr. public*, p. 75-86. *L'État, le droit objectif*, chap VII, p. 503-612. — *Traité*, t. I, n°s 34-37, p. 132-152.

3. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. III, § III, p. 86-91. — *Traité*, t. I, n° 34, p. 132-134; n° 44, p. 201-210; t. II, p. 451 (n° 160).

4. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 423-425. — *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, p. 145. — *Traité*, t. I, p. 149-153 (n°s 37-38).

5. Voy. les références de la note qui précède. — *Adde : Le droit social*, p. 50-62.

6. L. Duguit, *Traité*, t. I, n° 38, p. 152-160. — *Transformations dr. public*, chap. III, §§ IV-V, p. 91-103.

responsabilité, qu'il peut être malaisé de ramener à effet, mais qui doit être reconnue, soit par le législateur, soit, malgré celui-ci et à l'encontre des dispositions qu'il aurait votées, par l'autorité judiciaire [1]. — Sous ces réserves, la loi positive joue aujourd'hui, dans notre État de droit, un rôle prépondérant, pour canaliser et régulariser la volonté même des gouvernants [2]. Et L. Duguit tend à lui donner aux dépens de l'acte juridique administratif ou privé, une extension démesurée, en y comprenant non seulement les lois locales [3], ou celles des services décentralisés [4], mais les règlements fixant la situation légale et la discipline des fonctionnaires [5], les statuts des associations [6], voire même, sous le nom de lois-conventions, les contrats collectifs de travail [7] et les concessions de services publics [8].

Si la loi est ainsi « la disposition par voie générale qui crée le service public, l'organise et règle son fonctionnement » [9], l'acte administratif se présente comme « l'acte

1. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. VII, §§ III-IV, p. 228-234. — *Traité*, t. I nº 39, p. 160-179. — *De la responsabilité pouvant naitre à l'occasion de la loi* dans *Revue du droit public*, 1910, t. XXVII, p. 637-666 (cet article est littéralement reproduit dans le passage précité du *Traité*, t. I, nº 39, p. 160-179). — Comp. *Le droit social*, p 96-100.

2. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 50, p. 52 p. 53-54 (nº 16); t. II, p. 1-2 (nº 92).

3. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. IV, § I, p. 105-110.

4. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. IV, § II, p. 111-115.

5. L. Duguit, *Transformations dr. public* chap. IV, § III, p. 115-121.

6. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. IV, § IV, p. 121-129.

7. L. Duguit, *Transformations dr public*, chap. IV, § V, p. 129-133. — Comp. *Transformations dr. pr.*, p. 131-136.

8. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. IV, §§ VI-VIII, p. 133-144. — Comp. *Revue du droit public*, 1907, t XXIV, p. 415-421, p. 425-438 (*De la situation des particuliers à l'égard des services publics*). — *Transformations dr. pr.*, p. 127-131, p. 136.

9. L. Duguit, *Transformations dr. public*, p. 167.

individuel et concret qui doit être fait pour la gestion du service »[1]. Réserve faite des opérations matériellles nécessitées fréquemment par cette gestion, mais dépourvues du caractère strictement juridique[2], l'acte administratif proprement dit émane de la volonté des gouvernants et tend à créer une situation particulière répondant à un besoin de la vie sociale[3]. Unilatéral ou contractuel, il vaudra, du moment que « la volition gouvernante qui l'engendre est déterminée par un but conforme à la règle de droit »[4]. Œuvre propre de la fonction administrative, il isole celle-ci de la politique, qui n'en est qu'une corruption, si elle ne représente pas le fonctionnement direct de la constitution[5]. Aussi convient-il d'écarter la prétendue théorie des actes de gouvernement, qui restreindrait la possibilité d'une critique contentieuse des actes administratifs[6]. Il n'y a pas davantage d'actes discrétionnaires échappant au même contrôle[7]. Bien plus, il y a lieu de tenir pour définitivement condamnée la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion[8], et de maintenir aux

1. L. Duguit, *Transformations dr. public*, p. 167.
2. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. V, § v, p. 165-167.
3. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. V, § iii, p. 156-161. — *L'État, le droit objectif*, p. 412-416. — *Traité*, t. I, n°s 42-44, p. 194-210. — Voy. encore : *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, deuxième conférence, §§ v-vi, p. 69-86.
4. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 413. — *Adde* les références de la note qui précède.
5. L. Duguit, *Traité*, t. I, n° 45, p. 210-219. — *Transformations dr. public*, p. 199.
6. L. Duguit, *Transformations dr. public*, p. 198-204. — *Traité*, t. I, p. 211-214 (n° 45).
7. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. VI. § v, p. 205-214. — *Traité*, t. I, p. 224-225 (n° 46). — *Adde : Transformations dr. pr.*, p. 103, p. 199-200. — Voy. là-dessus, avec une réserve faite en ce qui touche la jurisprudence actuelle, les observations de L. Michoud (*Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*) dans *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, t. XXV, p. 443, texte et notes 1-2.
8. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. V, §§ i-ii, p. 147-156. p. 280. — *Traité*, t. I, n° 48, p. 233-245. — *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 75-80.

actes administratifs, quels qu'ils soient, cette homogénéité de nature, sous l'empire de la règle de droit, d'où découleront les recours [1] et les responsabilités [2] nécessaires pour assurer aux intéressés, vis-à-vis des gouvernants eux-mêmes, l'usage des services publics, que c'est la mission de l'Administration de leur procurer.

Quant à la fonction juridictionnelle de l'Etat, elle est complexe ; et, si son étude ultérieure semble promettre de projeter de précieuses clartés sur notre procédure, tant civile ou administrative que criminelle, elle apparaît encore incomplètement fixée dans ses traits les plus essentiels [3]. — Suivant la conception, qu'en présente le *Traité de droit constitutionnel*, l'acte juridictionnel est la constatation légale d'une règle de droit ou d'une situation juridique et contient une décision, qui est la conséquence nécessaire et logique de cette constatation [4]. D'où se tire la distinction d'une juridiction subjective et d'une juridiction objective, se développant en un sens réciproquement inverse, et qui diffèrent principalement par la portée de leurs solutions, plus générales quand elles répriment une violation du droit objectif ou déterminent les conditions d'une situation légale que si elles fixent l'existence ou l'étendue d'un prétendu droit subjectif [5]. — Quelle qu'elle soit d'ailleurs, conformément aux exigences du service public qu'elle assure, la juridiction doit s'offrir lar-

1. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. V, §§ VI-VII, p. 167-180 et chap. VI, §§ I-III, p 181-197. — *Traité*, t. I, n° 49, p. 245-253. — *Revue du droit public*, 1907, t. XXIV, p. 432-438.

2. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. VII, § VI, p. 254-262 et § IX, p. 271-278. — Comp. *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 87-95, p. 100-103.

3. Comp. les développements de : *L'État, le droit objectif*, p. 416-422, avec ceux du *Traité de droit constitutionnel*, t. I, nos 51-54, p. 260-288.

4. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 261-268 (n° 51).

5. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 264-265 (n° 51) et nos 52-53, p. 268-282.

gement à tous les intéressés; et ainsi s'explique, à côté du contentieux civil et criminel, l'ample développement pris, à une époque relativement récente, par le contentieux administratif[1]. Logiquement aussi, la fonction de juridiction devrait entraîner pour l'État, en cas de mauvais fonctionnement du service, une sérieuse responsabilité. Toutefois, cette conséquence semble tenue en échec par les nécessités sociales supérieures de l'autorité infrangible de la chose jugée, auxquelles on n'a pu échapper jusqu'ici qu'au cas de revision régulièrement acquise d'une condamnation criminelle[2].

Ainsi, dans tous les domaines de l'activité étatique (réserve faite des relations avec l'étranger), se retrouve, — en opposition aux idées périmées de puissance publique, de souveraineté, d'irresponsabilité, appartenant à un système subjectiviste, métaphysique et individualiste, — la notion objective, réaliste et socialiste, du service public, ouvert à tous intéressés, organisé pour leur plus grand avantage suivant les besoins modernes, garanti à leur usage par toutes les forces de décision et de contrainte, sous la sanction suprême de la responsabilité de l'État[3]. Au surplus, L. Duguit a lui-même résumé toute l'évolution en ces termes : « Dès lors, le droit public n'est plus l'ensemble des règles régissant les rapports de l'État-puissance avec ses sujets ; il est l'ensemble des règles établies en vue de l'organisation et de la gestion des services publics. La loi n'est plus le commandement de l'État souverain ; elle est le statut d'un service ou d'un groupe.

---

1. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. V, §§ VI-VII et chap. VI, p. 167-221.

2. L. Duguit, *Transformations dr. public*, chap. VII, § V, p. 247-254. — *Traité*, t. I, n° 54, p. 282-288.

3. L. Duguit, *Transformations dr. public*. Introduction, p. IX XIX, — *Adde*, L. Duguit, *Les services rendus et les particuliers* (Rapport présenté au Congrès des sciences administratives tenu à Bruxelles, en août 1910).

L'acte administratif n'est plus tantôt l'acte d'une autorité qui ordonne, tantôt l'acte d'un fonctionnaire qui gère un service ; il est toujours un acte de gestion. Les différends auxquels il donne lieu sont en principe toujours soumis au jugement des mêmes tribunaux. Si l'acte viole la loi, tout intéressé peut en demander l'annulation, non pas en invoquant un droit subjectif, mais au nom de la légalité violée. La responsabilité de l'État est reconnue d'une manière générale ; mais elle n'est point la responsabilité d'une personne pour faute ; elle est l'assurance sur le patrimoine collectif des risques que constitue pour les particuliers le fonctionnement, même régulier, des services publics. Enfin, quand l'agent est sorti du service, il est atteint par une responsabilité personnelle »[1].

125. — Cette transformation, tout interne, du droit public semblait primitivement rester indépendante de la détention de la puissance, qui, pour notre éminent collègue de Bordeaux, tient à des circonstances de fait et varie avec les conditions historiques[2]. Toutefois, cette question même de la détermination des plus forts ne pouvait rester indifférente à la mise en œuvre de son système de droit public et DUGUIT, qui en avait signalé avec tant de soin les solutions diverses, constatées dans les périodes antérieures[3], devait être amené à rechercher celle qui correspondît le mieux à l'état présent ou aux aspirations prochaines de la société contemporaine. — Au surplus, ses tendances, à la fois adoucies par un sentiment profond de répulsion contre toute souffrance[4] et

1. L. DUGUIT, *Transformations dr. public*, p. 279-280.
2. Voy. ci-dessus, p. 218, texte et note 6 (nº **124**).
3. L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, chap. IV, § II, p. 242-255. — *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, nº 13, p. 36-41. — *Traité*, t. I, nº 13, p. 37-41.
4. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 26, p. 31, p. 34, p. 35, p. 36, p. 37, p. 44, p. 46, p. 47, p. 49-50, p. 74-75,

nettement positivistes sous l'impression de la puissance des réalités, le portaient, tout en répudiant énergiquement les violences démagogiques et révolutionnaires, à appuyer le mouvement même des faits[1], dans le sens où les inclinaient, à ses yeux, les forces les plus décisives de l'organisation sociale, à l'heure présente. C'est ce qui explique un nouvel élément, introduit par L. Duguit, dans sa construction du droit public, à partir de 1908[2], et qui a paru donner à ses idées une orientation plus inquiétante[3], bien qu'il soit purement complémentaire des développements antérieurs.

Après nous avoir montré l'avènement, en 1848, du nombre, comme élément prépondérant entre les forces sociales[4], il reconnaît bientôt, au milieu du chaos engendré par cette puissance désordonnée, l'influence capitale des groupements établis d'après les fonctions et les intérêts, et il arrive à nous présenter, comme une sorte d'idéal, l'État futur, organisé sous la forme syndicaliste, « qui tend à donner une structure définie aux différentes classes sociales, c'est-à-dire aux groupes d'individus déjà unis par l'égalité de besogne dans la division du travail social »[5].

Ce mouvement d'intégration — à la fois effet et cause du changement subi par la notion même de l'État — doit trouver sa forme organique naturelle dans une représen-

---

p. 78-79, p. 84, p. 85, p. 104. — *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 68, p. 109.

1. Voy. notamment : L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 39, p. 127, note 1, *in fine*.

2. L. Duguit, *Le droit social*, 1re éd., Paris, 1908, 3e conférence (publiée sous ce titre : *Le syndicalisme*, dans *Revue politique et parlementaire*, numéro de juin 1908, t. LVI, p. 472-493).

3. Voy. notamment : A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5e éd., Paris, 1909, p. 40.

4. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 253-254. — *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 41 (n° 13). — *Traité*, t. I, p. 40-41 (n° 13).

5. L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 122.

tation professionnelle, largement organisée et préparant la décentralisation des services publics par la formation de syndicats de fonctionnaires, qui, sous le contrôle des gouvernants, remettraient la direction effective de l'État à ceux qui en représentent la fonction essentielle [1].

Par où se laisse apercevoir une sorte de renforcement « autogène » de la notion du service public, qui semblerait devoir harmoniser, au mieux, la détention de la puissance avec son but fondamental.

126. — Si elle a visé, principalement et avant tout, une régénération du système de l'État, la doctrine de L. Duguit ne pouvait demeurer sans influence sur l'organisation juridique des rapports entre individus. Et, c'est un signe incontestable de sa puissante fécondité, que les principes généraux, qu'elle a dégagés d'un examen objectif du monde social, trouvent, dans le droit privé, des applications non moins saisissantes, que celles que leur offrait le champ du droit public. — Ici encore, l'auteur a pris soin de nous montrer les conséquences les plus importantes de ses conceptions fondamentales, et, avant même de relever les *Transformations du droit public*, qu'il rattachait sans effort à la notion du droit objectif, basé sur la solidarité

---

1. Voy. surtout : L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, Avertissement, p. *II*; puis p. 40, p. 47, p. 57-58 et 3e conférence, p. 105-157. — *Traité*, t. I, p. 72 (n° 21) ; p. 84 (n° 23) ; p. 150 (n° 37); p. 294 (n° 55) ; p. 321 (n° 59) ; p. 385 (n° 67) ; n° 68, p. 388-392 ; comp. n° 78b, p. 460-467 et p. 522 (n° 88) ; p. 534-536 (n° 89) — *Transformations dr. public*, p. 128, p. 133. — Voy. aussi : *Transformations dr. pr.*, p. 74, p. 135. — *La représentation syndicale au parlement*, dans *Revue politique et parlementaire*, juillet 1911, t. LXIX, p. 28-45. — Il faut observer, qu'en ce qui concerne l'avenir du syndicalisme fonctionnariste, Duguit est revenu formellement sur les idées qu'il avait primitivement professées. Voy. L. Duguit, *Les syndicats de fonctionnaires*, dans *Revue politique et parlementaire*, avril 1906, t. XLVIII, p. 28-30; et comp. *Le droit social*, 3e éd., Paris, 1911, p. 136-138.

sociale[1], il nous avait, du même point de vue, présenté les *Transformations du droit privé*[2]. Encadrées dans l'ensemble du système, celles-ci nous conduisent au centre même des institutions juridiques, pour établir comment les idées théoriques de Duguit peuvent pénétrer les compartiments les plus intimes de la vie sociale et éclairer d'une lumière nouvelle les mouvements d'action ou de pensée qui s'y produisent.

Le point de départ et la marche générale de l'auteur restent toujours sensiblement les mêmes. A un système d'ordre métaphysique et individualiste, il s'agit de substituer un système d'ordre réaliste et socialiste (ou, du moins, solidariste)[3]. Au droit subjectif, considéré comme pouvoir de vouloir ou d'imposer sa volonté à un autre et conduisant à l'anarchie libertaire, il faut opposer le droit objectif, c'est-à-dire, la règle de droit basée sur les postulats de l'existence en société; plus précisément et plus simplement même, aux lieu et place des droits individuels, il faut mettre les devoirs sociaux[4]. Et, comme on a vu plus haut l'idée de puissance publique supplantée par celle du service public[5], de même nous observons ici l'autonomie de l'individu faisant place à la fonction sociale, appuyée à la solidarité et à la division du travail qu'elle impose, pour déterminer toutes les situations juridiques[6].

---

1. Voy. ci-dessus, p. 219, texte et note 1 (n° **124**).
2. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912.
3. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, Avertissement, p. i-ii; p. 8-9 et *passim*, dans la suite de l'ouvrage.
4. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 9-19, p. 23-24. — Voy. notamment le passage d'Auguste Comte, *Système de politique positive*. éd. 1890, t. I, p. 361, maintes fois cité par L. Duguit, notamment dans : *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 12-13. — *Droit constitutionnel*, 1907, p. 17 (n° 7). — *Traité*, t. I, p. 20 (n° 7). — *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1911, p. 13 (n° 7). — *Transformations dr. pr.*, p. 13-14, p. 29.
5. Voy. ci-dessus, p. 218-219 (n° **124**).
6. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 9, p. 19-21, p. 24-33, p. 112.

De ces prémisses, DUGUIT — laissant à part le droit de famille, dont l'évolution lui paraît revêtir un caractère spécial à chaque peuple[1], a déduit, en ce qui touche la condition des personnes et les rapports patrimoniaux si variés qui s'établissent entre elles, des conséquences multiples et notables, qui semblent pouvoir se rattacher à deux ordres d'idées distincts.

D'une part, dans la construction artificielle et technique du système civiliste, il introduirait une innovation fort importante, en éliminant la notion du sujet de volonté érigé en sujet de droit. Il est douteux, à mes yeux, que, comme le soutient DUGUIT[2], cette notion découle logiquement de l'autonomie de la volonté, telle que la consacrent les législations rédigées sous les inspirations individualistes de la fin du XVIIIe siècle. Il paraîtrait plutôt que jusqu'alors elle ait semblé constituer une pièce nécessaire de l'armature juridique. Quoi qu'il en soit, elle s'offre comme telle, à nos esprits, qui peuvent malaisément se représenter le droit autrement que comme un certain rapport entre deux sujets. — Or, DUGUIT, qui voit là un concept métaphysique, partant impossible à justifier, propose de l'abandonner, et, comme il ramène le droit subjectif au fait de la fonction sociale, il considère que l'idée du but assigné à cette fonction, remplacerait avantageusement la notion de sujet de droit[3]. De là, il tire des conséquences précieuses, en faveur de l'activité juridique des associations, qui lui paraît se justifier par leur but, indépendamment d'une

---

1. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 30. — Comp. ce qu'il nous dit, d'un point de vue purement formel et technique, au sujet du mariage : *L'Etat, le droit objectif*, p. 203-205.

2. Voy. notamment : L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 53, p. 55-58, p. 103-106.

3. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 52-71. — *L'Etat, le droit objectif*, p. 152-160 (chap. III, § II) ; p. 174-195 (chap. III, § V). — Comp. R. STAMMLER, *Unbestimmtheit des Rechtssubjektes*, Giessen, 1907, § 3. Begriff des Rechtssubjektes, p. 21-33, notamment p. 28-29.

reconnaissance officielle, qu'expliquait seule l'idée de fiction [1]. Il en conclut aussi la validité des fondations privées, même réalisées par acte testamentaire, du moment que l'absence du légataire est corrigée par un but conforme à la solidarité sociale [2].

Mais, à côté de ces modifications qui portent, directement du moins, sur la structure formelle de l'organisation juridique, et qui paraissent se rattacher spécialement à la conception réaliste de Duguit supplantant la conception métaphysique antérieure, nous en relevons, d'autre part, de plus notables, touchant au fond même des théories du droit privé, et qu'expliquent mieux les idées « socialistes » [3], substituées par notre collègue à un individualisme périmé.

C'est ainsi que, considérant la liberté civile comme une fonction plutôt que comme un droit, estimant, par suite, que l'homme n'est libre que pour développer son individualité, en vue d'une réalisation plus complète de la division du travail, Duguit ne se contenterait pas d'empêcher, suivant la formule classique, les actes qui tendraient à porter atteinte à la liberté égale de tous [4], il proposerait de prohiber également les agissements, par lesquels, sous prétexte de liberté, l'individu se diminuerait lui-même et compromettrait sa fonction. — Aussi demande-t-il, avec la répression du suicide, du duel, des jeux à la fois inutiles et dangereux (courses de taureaux) [5], l'interdic-

1. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 71-81. — Comp. *L'Etat, le droit objectif*, p. 284-287. — *Traité*, t. II, nos 113-114, p. 138-151.
2. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 106-110. — Comp. *L'Etat, le droit objectif*, p. 284-287. — *Adde*, sur l'affectation remplaçant pour la propriété le sujet du droit : *Transformations dr. pr.*, p. 155, p. 157, p. 170-175.
3. L. Duguit a expliqué le sens qu'il entend donner à cette expression. *Transformations dr. pr.*, p. 8-9.
4. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 34-38.
5. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 38-43.

tion des travaux antihygiéniques ou la prescription des mesures de sécurité nécessaires, en certaines industries, voire la limitation de la durée maximum du travail pour tous et le repos hebdomadaire [1]. Bien plus, il approuve, dans leur principe, toutes les mesures légales, tendant à assurer le plein épanouissement de l'humanité, et une mise en œuvre sérieuse de la solidarité sociale, par l'obligation d'un minimum d'enseignement, celle de la prévoyance, sinon même celle du travail qu'il souhaiterait voir imposé à tous [2].

Placé au même point de vue, objectif et social, pour apprécier les éléments décisifs de la formation des engagements volontaires [3], il appuie les tendances modernes qui, envisageant moins la volition interne que l'acte extérieur, concentrent la force efficiente de l'acte juridique dans la déclaration de volonté plutôt que dans la volonté elle-même [4], et qui limitent l'effet du vouloir, tendant à un objet licite, par la considération du but social, avantageusement substituée à la notion insaisissable de la cause [5].

En même temps, le cadre individualiste du contrat, — accord de deux volontés modifiant leurs sphères juridiques respectives, — tenu pour nécessaire à la constitution d'une situation de droit individuelle, à défaut de l'autorité directe de la loi, lui paraît désormais insuffisant à expliquer la totalité des choses et requiert, à tout le moins, le complément de notions faisant une place à la force productrice de la volonté unilatérale [6]. Ce sera l'idée d'un état de fait, d'ordre général et permanent, établi par

1. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 43-48.
2. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 48-51 ; comp. p. 36.
3. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 83-86.
4. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 86-93.
5. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 93-102 ; comp. p. 102-103.
6. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 115-121.

une volonté particulière, comme dans le cas du distributeur automatique, ou celle d'un état de droit résultant de la loi d'un service public, comme dans le transport postal; de telle sorte que la simple adhésion donnée à ces situations préétablies fasse surgir un engagement juridique (prétendus contrats d'adhésion)[1]. Ou, si l'on trouve parfois à la source de celui-ci une convention préliminaire, on pourra parler de conventions-lois, servant de base à des actes générateurs de situations juridiques subjectives, ainsi qu'on l'observe à propos des clauses insérées en faveur de tiers dans les concessions de services publics ou de l'usage du contrat collectif de travail[2]. Peut-être même la généralisation de ces vues, ouvertes sur des cas particuliers, conduirait-elle, par une audacieuse innovation, à consacrer la force juridique obligatoire de toute déclaration unilatérale de volonté, déterminée par un but conforme à la solidarité sociale. Et cette conclusion hardie correspondrait assurément au système d'idées générales de DUGUIT[3].

Un autre aspect de la socialisation du droit apparaît dans l'évolution de la responsabilité civile, qui, de responsabilité subjective pour faute imputable aux individus se mue peu à peu en une responsabilité objective, attribuant les risques, comme les profits, de leur activité, aux groupes, ou plutôt même aux fonctions exercées dans la société[4]. Les exemples les plus notables de cette évolution se rencontrent dans la législation sur les accidents du travail et dans la jurisprudence consacrant la respon-

---

1. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 121-125.
2. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 125-136.
3. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 53-57, p. 172-174, p. 183-185, p. 187-190, p. 287-288, p. 297, p. 298, p. 359-360, p. 367, p. 370-371, p. 373-374, p. 375-376, p. 380-383, p. 393-394 (comp. p. 394-409), p. 409, p. 414. — *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 80-84. — Rappr. *Traité*, t. I, p. 238-245 (n° 48).
4. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 137-140.

sabilité du propriétaire du fait des choses ; on en peut rapprocher la responsabilité de la caisse publique, à l'occasion du fonctionnement des services publics, telle que l'entendent nos juridictions administratives [1].

127. — Mais, pour mieux se rendre compte, en en considérant une application plus étroite et plus précise, de la portée, dont sont susceptibles les idées générales de DUGUIT dans la sphère privée, on peut détacher de l'ensemble juridique une institution nettement déterminée, la propriété individuelle, et réunir, comme en un faisceau, les divers aspects, sous lesquels nous la présente l'œuvre, que nous essayons de résumer ici [2].

Pour DUGUIT, l'appropriation exclusive des choses, garantie au profit de quelques-uns par l'autorité sociale, n'est pas une faculté naturelle de l'homme, fondée *a priori* sur la liberté individuelle et sur le droit pour chacun de disposer du produit de son activité ; conception manifestement impuissante à justifier la propriété, telle qu'elle existe dans les sociétés modernes [3]. — Mais, partant de la solidarité sociale et des devoirs qu'elle engendre, tant pour les particuliers que pour les gouvernants, notre éminent collègue envisage la propriété « comme le pouvoir, pour certains individus se trouvant dans une certaine situation économique, de remplir librement la mission sociale qui leur incombe par suite de leur situation sociale » [4] ; et ce, au moyen d'une appropriation efficace

1. Voy. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 141-145.
2. Cons. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 151-152, p. 205-212, p. 224-225, p. 281-282, p. 293, p. 597. — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 18-21, p. 154-156. — *Traité*, t. I, p. 20 (n° 7) ; t. II, n° 115, p. 151-158. — *Transformations dr. pr.*, p. 21, p. 31-32, p. 72, p. 144, et surtout sixième conférence, p. 147-175. Appendices III-IV, p. 192-202.
3. Voy. notamment : L. DUGUIT, *Traité*, t. I, p. 20 (n° 7).
4. L. DUGUIT, *Traité*, t. I, p. 20 (n° 7).

et durable des richesses soit mobilières, soit immobilières, avec toutes ses conséquences, qui peuvent aller jusqu'à la capitalisation et la transmission héréditaire[1]. Il en résulte que « la propriété individuelle doit être comprise comme un fait contingent, produit momentané de l'évolution sociale »[2], qui, « reposant uniquement sur l'utilité sociale, ne doit exister que dans la mesure de cette utilité sociale »[3], et dont « l'étendue doit être déterminée par la loi et par la jurisprudence qui l'applique d'après le rôle social que le propriétaire doit remplir »[4]. — Par suite, « la propriété n'est point un droit intangible et sacré, mais un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vient répondre. S'il arrive un moment où la propriété individuelle ne répond plus à un besoin social, le législateur doit intervenir pour organiser une autre forme d'appropriation des richesses »[5]. Et, comme la solidarité par similitudes, demandant la libre et entière appropriation pour chacun du produit de son travail, se trouve quelque peu entravée par le monopole individuel des instruments de production, des capitaux, DUGUIT conclut que « logiquement l'État ne doit pas reconnaître la propriété capitaliste ; si, en fait, il la reconnaît et est obligé de la reconnaître, ce ne peut être qu'une reconnaissance momentanée, rendue nécessaire par une situation économique spéciale »[6].

A l'heure actuelle, en tout cas, la propriété s'impose

---

1. L. DUGUIT, *Traité*, t. II, p. 157 (n° 115). — Comp. *L'Etat, le droit objectif*, p. 151-152, p. 293.
2. L. DUGUIT, *Traité*, t. I, p. 17 (n° 7).
3. L. DUGUIT, *Traité*, t. II, p. 157-158 (n° 115). — Comp. *L'Etat, le droit objectif*, p. 152, p. 211-212, p. 597.
4. Voy. les références de la note précédente.
5. Voy. les références des deux notes qui précèdent.
6. L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 282. — Comp. *ibid.*, p. 281-282. — *Traité*, t. II, p. 157-158 (n° 115).

comme un fait contre lequel il serait vain de protester[1]. A vrai dire même, elle se justifie, dans l'état présent de notre civilisation, non seulement sous la forme de propriété mobilière, portant sur les produits du travail, dont le travailleur doit avoir la libre disposition[2], mais même en tant que propriété capitaliste, mobilière ou immobilière, voire susceptible de transmission héréditaire, parce qu'elle correspond aux exigences actuelles de la solidarité sociale par division du travail[3]. — Se plaçant donc à ce *moment* de la vie juridique de l'institution, DUGUIT oppose à la propriété-droit, qui en représente la notion ancienne et aujourd'hui périmée, la propriété-fonction, traduisant seule le rôle et le caractère de la propriété moderne. Et il nous la présente en ces termes : « Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir

1. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 160. — *L'Etat, le droit objectif*, p. 206, *in fine*. — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 154. — On peut observer que cette « position » qui prend la propriété comme *un fait* s'imposant aujourd'hui au législateur aussi bien qu'au jurisconsulte, est, de plus en plus, volontiers adoptée. Voy. notamment : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 6e éd., Paris, 1911, p. 719 (n° 2323). — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, 1914, p. 708-709.

2. L. DUGUIT, *Traité*, t. II, p. 157 (n° 115). — Comp. *Transformations dr. pr.*, p. 149. — *L'Etat, le droit objectif*, p. 293.

3. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 151-152, p. 207, p. 293. — Revenant quelque peu, ce semble, sur ses affirmations antérieures (voy. ci-dessus, p. 234, note 6 [n° **127**]), DUGUIT déclare finalement : « la propriété est la condition indispensable de la prospérité et de la grandeur des sociétés et les doctrines collectivistes sont un retour à la barbarie ». *Transformations dr. pr.*, p. 21. — Comp. *ibid.*, p. 148, p. 160. *Traité*, t. I, p. 20 (n° 7). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 156.

cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit. La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse »[1]. — Cette conception qu'il appuie sur l'autorité d'A. Comte et d'autres sociologues[2], et qui traduit, pour la propriété, la substitution générale du système positif et socialiste moderne au système métaphysique et individualiste antérieur[3], paraît bien enfermer tout ce qui constitue le contenu essentiel de la propriété moderne, tel que tendent à le reconnaître les forces actives de notre organisation juridique, législation, jurisprudence, opinion publique, pratique, ainsi que Duguit nous le montre en quelques applications décisives. — Et, par exemple, si le propriétaire a le devoir et partant le pouvoir d'employer la chose qu'il détient à la satisfaction de besoins individuels, et particulièrement des siens propres, vu que l'intensité de la division du travail social est en raison directe de l'intensité de l'activité individuelle[4], les actes d'exercice prétendu de la propriété, qui ne répondraient à aucune utilité individuelle ou collective, sont à condamner comme exclus de son domaine légitime, sans qu'il y ait à faire intervenir les théories, contradictoires et inapplicables, de l'abus du droit ou de son usage anormal. Ainsi, s'expliquent fort simplement les nombreuses décisions de jurisprudence sanctionnant la responsabilité attachée à la propriété[5]. Inversement, le propriétaire ne semblerait pas

---

1. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 158. — *Adde. ibid.*, p. 21, p. 31-32, p. 144, p. 147-158. — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 18-21, p. 154-155. — *Traité*, t. I, p. 20 (n° 7); t. II, p. 157 (n° 115).

2. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 158-160. — Comp. *Traité*, t. II, p. 157-158 (n° 115). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 155.

3. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 156-157.

4. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 165.

5. L. Duguit, *Transformations dr. pr.*, p. 144, p. 166-168 et Appendice IV, p. 196-202.

pouvoir empêcher qu'un tiers fasse sur sa chose un acte utile à ses intérêts, qui n'atteindrait en rien la jouissance utile du propriétaire. Et, c'est ce que reconnaissent les lois et pratiques qui autorisent, quelquefois même sans indemnité, la traversée des propriétés par les fils conducteurs d'énergie ou de lumière électrique [1]. — D'autre part, il faut dire aussi que le propriétaire a le devoir et partant le pouvoir d'employer sa chose à la satisfaction des besoins collectifs; d'où résulte cette théorie moderne de la propriété-affectation, qui s'est appliquée notamment aux églises, à la suite des incidents liés à la séparation, et en vertu de la loi du 2 janvier 1907 [2]. — DUGUIT irait plus loin encore. Il entrevoit, pour l'avenir, la constitution d'un régime de droit, suivant lequel le propriétaire serait légalement astreint à mettre en valeur sa propriété. Et il pense en découvrir les prodromes dans les lois de divers pays étrangers, qui imposent, au profit de l'État, les plus-values foncières indépendantes de l'activité du propriétaire [3].

Cette transformation intime de l'institution même de la propriété, que DUGUIT prétend simplement constater plutôt que réaliser, s'accompagne, chez lui, suivant sa méthode habituelle, d'un essai de construction rattaché à son système général [4]. Évidemment, il tient surtout à exclure, ici comme partout, la notion de droit subjectif, qui réveillerait d'anciennes erreurs. — La faculté d'appropriation des choses, considérée longtemps comme un droit naturel de l'homme, n'est manifestement qu'un pouvoir objectif, le pouvoir pour chacun de vouloir effectivement affecter exclusivement à un individu, et particulièrement

1. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 168-170.

2. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 170-175; comp. p. 157, p. 149.

3. L. DUGUIT, *Transformations dr. pr.*, p. 21, p. 153, p. 162-165, p. 192-195.

4. Voy. ci-dessus, n° **123**, p. 214-217.

à soi-même, une certaine quantité de richesse. Et ce pouvoir objectif, impliqué par la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise à une certaine époque, se modifierait avec la règle sociale sur laquelle il repose[1]. Quant à la propriété, considérée comme constituée, — une fois faite l'affectation exclusive d'où elle résulte, — elle implique assurément un pouvoir objectif, ou, plutôt même, un ensemble de vouloirs, juridiquement possibles, et tendant à assurer le maintien de cette affectation exclusive, en d'autres termes un *état* correspondant, pour ceux qui en sont investis, à la notion de classe sociale[2]. Mais, en soi, et primitivement en quelque sorte, elle est plutôt un fait économique considéré, à un moment donné de la vie d'un peuple, comme un fait de solidarité et, par conséquent, comme une condition d'un pouvoir objectif appartenant à certaines volontés individuelles[3]. — Ceci explique, d'une part, que la propriété ne disparaisse pas par un acte volontaire ou par une abstention, par la *derelictio* du droit romain ou par la prescription extinctive, la volonté isolée étant impuissante à effacer un fait, d'autre part, comment les lois positives et les jurisconsultes ont été inconsciemment amenés à confondre, avec la chose sur laquelle il porte, ce prétendu droit qui n'est qu'une affectation de richesse, pourquoi enfin les Romains ont toujours soigneusement distingué l'acte générateur d'une créance de l'acte dit translatif de propriété, et les législations modernes ont organisé des procédés techniques spéciaux pour la constatation sociale de ce fait économique, qu'il importe de porter à la connaissance de tous les intéressés[4]. — Enfin du moment que la pro-

1. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 151-152, p. 205, p. 282.
2. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 205-206 ; rappr. p. 224-225. — Comp. *Transformations dr. pr.*, p. 161.
3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 206-209.
4. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 209-210.

priété représente un *état*, et contient un ensemble de pouvoirs objectifs en voie de continuelle évolution, comme la règle de droit, d'où il est issu, il va de soi que toute transformation du droit objectif, comme celle qui résulte des lois établissant des servitudes d'utilité publique ou modifiant même entièrement le régime de la propriété, doit saisir immédiatement les appropriations antérieures, privées ou collectives, réalisées à titre gratuit ou à titre onéreux [1].

Enfin DUGUIT nous a indiqué, en passant, que toute sa théorie de la propriété peut et doit s'adapter, telle qu'il la présente, aux droits d'auteurs et d'inventeurs, le plus souvent qualifiés, d'ailleurs, droits de propriété littéraire, artistique, industrielle [2-3].

128. — Ce résumé, tout objectif, du développement d'ensemble des idées juridiques de DUGUIT, — qu'il m'a paru nécessaire d'en présenter avant toute appréciation critique, — nous met à même de préciser quelque peu le rapprochement, simplement esquissé plus haut [4], entre son œuvre et celle de R. STAMMLER.

A ne considérer, d'abord, que les tendances méthodologiques, les plus générales et pour ainsi dire, superficielles, des deux efforts, nous observons, chez DUGUIT, comme nous les avons distingués chez STAMMLER [5], un sentiment profond, mais mal précisé encore, du rôle de la technique juridique, en même temps qu'une inclination

---

1. L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 210-212, p. 597 ; comp. p. 225.
2. L. DUGUIT, *Traité*, t. II, p. 158.
3. Comp. l'exposé et la critique du système de DUGUIT, principalement en vue de la notion de propriété, dans : H. HAYEM, *Essai sur le droit de propriété et ses limites* (thèse de doctorat. Droit. Dijon, 1909-*1910*), Paris, 1910, p. 347-356 et p. 425-439.
4. Voy. ci-dessus, p. 192-193 (n° **115**).
5. Voy. ci-dessus, n° **103**, p. 144-148.

puissante, bien qu'indécise dans sa portée, vers une conception large du droit positif, de nature à en assouplir notablement l'interprétation. — L'idée d'une technique du droit, ayant son rôle propre, et bien distincte du fonds même de la discipline, dont elle ne constituerait que le côté, en quelque façon, extérieur et plastique, tout entière en procédés pratiques et en artifices dictés par un but immédiat et précis [1], se trouve particulièrement mise en relief dans la conception, que nous offre DUGUIT, d'une *législation constructive*, dont l'objet spécifique serait d'organiser les mesures de détail, destinées à assurer la réalisation de la règle de droit, qui s'exprimerait tout uniment dans la *législation normative* [2]. Mais, à vrai dire, la même idée réapparaît, plus générale dans son principe et plus variée dans ses applications, en maints endroits de l'œuvre, où l'on entrevoit les artifices de la construction juridique s'opposant à la force naturelle des réalités sociales [3]. Toutefois, pas plus que STAMMLER [4], DUGUIT ne paraît avoir compris toute l'importance de la distinction ; du moins a-t-il négligé trop souvent d'user du secours de la technique juridique, pour adoucir les solutions tranchantes, que lui dictait parfois la constatation strictement scientifique des choses [5]. — D'un autre côté, le *droit*

1. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I. Introduction. Première partie, Paris, 1914, nos **32-35**, p. 95-100, et surtout ci-après : la troisième partie de cet ouvrage.

2. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 427, p. 466, p. 543-545 et surtout p. 560-576. — *Traité*, t. I, p. 145-146 et p. 148 (n° 36) ; t. II, p. 1 (n° 92). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 52, texte et note 1. — *Transformations dr. public*, p. 77-81.

3. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 186, p. 187, p. 195, p. 210, p. 239-241, p. 259, p. 291-292, p. 317, p. 352, p. 545, p. 604, p. 610-612. — *Traité*, t. I, p. 47-48 (n° 15); p. 90 (n° 21) ; p. 110 (n° 28) ; p. 146 (n° 36). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 69. — *Transformations dr. pr.*, Appendice I, p. 179-184.

4. Voy. ci-dessus, p. 145 (n° **103**).

5. Comp. ce que j'ai dit dans *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1901, N. S., t. XXX, p. 506 et p. 508, et dans *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, p. 41-42 (n° **27**).

objectif, tel que l'envisage DUGUIT, exclusivement fondé sur la solidarité sociale, ou, du moins, création de la conscience de l'humanité [1], semble défier toute restriction arbitraire et impliquer une latitude presque sans bornes pour son interprétation et son application. Ici encore, pourtant, aussi bien que pour le *droit juste* de STAMMLER [2], s'observe, chez notre savant collègue, une certaine hésitation à abandonner les positions acquises à l'interprétation formelle [3]. Et il est certain, en tout cas, que le principe de légalité, comme il le maintient dans ses ouvrages fondamentaux, ne permet au droit objectif de dérouler toutes ses conséquences que sous l'égide de la loi positive, seule capable de procurer aux intérêts la sécurité nécessaire [4].

Mis à part ces côtés intéressants, mais secondaires, de la doctrine de DUGUIT, c'est surtout en relevant le fonds essentiel qui la constitue en soi, que nous observerons, sous les dehors de conceptions et de formules différentes, de sérieuses et profondes analogies avec le système juridique édifié par STAMMLER. Non seulement DUGUIT accepte, aussi décidément que STAMMLER, la prépondérance générale de la société sur l'individu [5]. Mais, la *solidarité sociale*, dont il fait sortir la règle de droit, ressemble fort — sauf la différence d'étiquette traduisant d'ailleurs une divergence plus foncière — à l'*idéal social* mis en lumière par le professeur allemand [6], et le *droit juste* de

1. Voy. notamment, en dernier lieu : L. DUGUIT, *Transformations dr. public*, p. 44-45.

2. Comp. ci-dessus, p. 145-148 (n° **103**).

3. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 13.

4. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 279-280, p. 428-429, p. 466-468, p. 502-503, p. 521, p. 532-533. — *Traité*, t. I, p. 50 et p. 52 (n° 16) ; p. 56 (n° 17) ; p. 139-141 (n° 35) ; t. II, p. 1-2 (n° 92) ; p. 204 (n° 41) ; p. 214 (n° 45), p. 219 (n° 46) ; p. 245 (n° 49).

5. Comp. ci-dessus, p. 141-143 (n° **102**) avec p. 199 (n° **117**), p. 200-201 (n° **118**) et n°s **119-127**, p. 202-239, *passim*.

6. Comp. ci-dessus, p. 156-157 (n° **106**) avec p. 200-201 (n° **118**).

celui-ci trouve nettement son pendant dans le *droit objectif* de notre éminent collègue de Bordeaux[1]. Mieux encore : aux principes de *dignité individuelle* (Achten) et de *coopération* (Theilnehmen), qui permettent à STAMMLER de fixer le développement de son « droit juste »[2], on peut, sans grand effort, faire correspondre, chez DUGUIT, les directions fournies au « droit objectif » par la double solidarité, *solidarité par similitudes, solidarité par division du travail*[3]. Et, si la conception fondamentale de DUGUIT aboutit à découvrir une *règle de droit permanente dans son principe et changeante dans les applications*[4], on peut trouver que ce résultat ne nous éloigne pas beaucoup du *droit naturel à contenu variable*, vers lequel STAMMLER prétend aiguiller les recherches des jurisconsultes contemporains[5]. Enfin, et pour le faire court, sans prétendre que les applications concrètes des deux systèmes coïncident exactement[6], il serait aisé de relever, des unes aux autres, maintes analogies, pour la plupart, d'ailleurs, issues de leur tendance commune à la *socialisation du droit contemporain*[7].

Au surplus je ne me dissimule pas tout ce que cette vue comparative des façades offre de superficiel, pour qui voudrait descendre aux substructions des deux édifices scientifiques, que je mets ici en présence. — Leur opposition capitale réside, en effet, dans les philosophies, dont ils s'inspirent, STAMMLER se plaçant délibérément sur les

---

1. Comp. ci-dessus, n° **104**, p. 148-151, avec p. 202 (n° **119**) et p. 215 (n° **123**).
2. Voy. ci-dessus, p. 157-159 (n° **106**).
3. Voy. ci-dessus, p. 200-201 (n° **118**) et n^{os} **119-127**, p. 202-239, *passim*.
4. Voy. plus haut, p. 203 (n° **119**).
5. Comp. ci-dessus, p. 151 (n° **104**) et p. 151-152 (n° **105**).
6. Voy. encore les rapprochements, faits ci-dessus entre certains points de détail des deux doctrines, p. 216, note 2, *in fine* (n° **123**) et p. 229, texte et note 3 (n° **126**).
7. Comp. notamment ci-dessus, n^{os} **108-110**, p. 163-176, avec n^{os} **121-122**, p. 206-214 et p. 219-220 (n° **124**), p. 227-228, p. 230-239 (n^{os} **126-127**).

sommets transcendentaux du criticisme idéaliste, issu de la métaphysique de KANT[1], tandis que DUGUIT se tient, modestement et fermement, sur le terrain, accessible à tous, d'un positivisme agnostique qu'il imprègne légèrement de quelque sentiment à tendance pessimiste, par son impression répulsive de la souffrance universelle[2]. Cette séparation essentielle des points de départ ne peut manquer d'influer sur l'esprit respectif des deux œuvres, et, par suite, sur les conséquences ultérieures de leurs conclusions générales, en apparence communes. — Il n'en est que plus significatif d'observer, que, si l'on s'en tient aux résultats, que laisse saisir le premier coup d'œil et qui demeurent, malgré tout, décisifs pour traduire la substance positive des deux efforts, on est frappé d'une similitude, qui, n'étant assurément pas l'effet d'une imitation personnelle[3], laisse présumer qu'elle répond à une identité profondément sentie des exigences sociales du temps présent. Tel est, aussi bien, l'intérêt capital, et seul pleinement justificatif, de cette rapide comparaison.

III

129. — De même que les travaux de STAMMLER, en Allemagne. l'œuvre de DUGUIT ne pouvait manquer de susciter, en France, dans les milieux juridiques, une émotion considérable. Et, quand elle n'aurait eu que le mérite de nous faire sortir de ce « sommeil dogmatique », où nous risquions de nous engourdir, sur le « mol oreiller » des traditions incontrôlées, et dans le berce-

---

1. Voy. ci-dessus, p. 138 (nº **101**).
2. Voy. ci-dessus, p. 196-198 (nº **117**) — *Adde*, en ce qui concerne l'idée de souffrance : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 26, p. 31, p. 34, p. 35, p. 36 p. 37, p 44, p. 46. p. 47. p. 49-50, p. 74-75, p. 78-79, p 84, p. 85, p. 104. — *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 68, p. 109.
3. Voy. ci dessus, p. 192-193 (nº **115**).

ment séducteur des mots et des concepts rendus familiers à nos esprits par une accoutumance paresseuse, elle mériterait, de ce seul fait, d'être saluée hautement comme nous ouvrant des horizons libérateurs. — De fait, la critique s'est déjà largement exercée, du moins du côté des publicistes, sur les thèses capitales, si hardiment et si vigoureusement posées par notre éminent collègue de Bordeaux : les uns (surtout les anciens), attaquant directement et sans ménagements la méthode et le fonds même du système[1]; les autres (les plus jeunes), acceptant d'enthousiasme les vues nouvelles, les défendant contre les objections inévitables, cherchant même à les mettre immédiatement en valeur[2]; les plus nombreux, s'efforçant, avec un sens rassis et un jugement équitable, à discerner les mérites et les déchets de la doctrine, reconnaissant avant tout la hauteur et la richesse de l'effort, en relevant les écarts, en contestant les excès, pour en retenir finalement le profit incontestable[3].

---

1. Voy. notamment : A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5e éd., Paris, 1909, p. 31-51. — Comp. F. Larnaude (*Le droit public. Sa conception. Sa méthode*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 11-14. — Voy. aussi : M. Hauriou, *Les idées de M. Duguit*, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, deuxième série, t. VII, p. 1-40. — *Les deux réalismes*, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, deuxième série, t. VIII, p. 409-417.

2. Voy., par exemple : J. Barthélemy (Compte rendu du : *Droit constitutionnel* de Duguit), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1908, t. XXV, p. 152-163. — G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1re éd., Nancy et Paris, 1904 ; 2e éd., Paris, 1914. — (Compte rendu du *Traité de droit constitutionnel*, de Duguit), dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 180-182. — (Compte rendu de *Transformations du dr. privé* de Duguit), *ibid.*, p. 810 814.

3. Comp. Fr. Geny (Compte rendu de *L'Etat, le droit objectif*, de Duguit), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, N. S. t. XXX, p 502-510. — M. Hauriou et A. Mestre (Compte rendu de *L'Etat, le droit objectif*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1°, t. XVII, p. 346-366. — L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris,

A vrai dire, aucun de ceux, qui veulent aujourd'hui réfléchir aux problèmes les plus généraux du droit, ne peut se soustraire au devoir de prendre position en face du système d'idées présenté par DUGUIT. Et cette nécessité ne saurait être éludée de ceux-là mêmes, qui envisagent principalement le droit positif privé, puisque, de par sa vigueur pénétrante, le rayonnement du système ne laisse intact aucun des compartiments de la vie juridique. Aussi n'hésité-je pas à penser que, pour achever de tirer, de cette imposante doctrine, ce qui devra éclairer mon effort propre, je doive, après l'avoir résumée de mon mieux, essayer, à mon tour, de porter sur elle un jugement, qui fixe nettement l'attitude personnelle, que je veuille garder à son sujet.

Toutefois, la richesse, exubérante et un peu complexe, de l'œuvre à apprécier, aussi bien que le point de vue très précis, où me placent l'objectif propre et le stade actuel du présent travail [1], me commandent de circonscrire ma critique, en vue d'en mieux assurer la portée. — Tout d'abord, je ne veux plus insister sur le

---

t. I, 1906, nos 20-23, p. 44-53; n° 62, p. 135-137; p. 151, note 1 (n° 64); p. 239, note 1 (n° 97); p. 282, note 1 (n° 111); p. 295-296 (n° 114); nos 120-121, p. 314-324; t. II, 1909, p. 517-519 (Appendice). — J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910, p. 190-199. — R. SALEILLES (*L'Origine du droit et du devoir*), dans *Revue Montalembert*, 1909, p. 256 259. — *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, p. 545-557. — M. HAURIOU, *Les principes du droit public*, Paris, 1910, p. 64-69 et *passim*. — L. MICHOUD, *La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine* (*Festschrift Otto Gierke*, Weimar, H. Böhlau, 1910), p. 500-511. — Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, p. 41-45 (n° 27). — H. NÉZARD, *Une conception nouvelle du droit public*, dans *Revue générale d'administration*, 1912, t. II, p. 129-152. — G. PLATON, *Pour le droit naturel*, Paris, 1911, p. 54-57 (§ III) et § V, p. 89-103. — G. RICHARD, *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, dans *Revue philosophique*, 1912-1°, t. LXXIII, p. 225-247. — Voy. encore : J. FAUREY, *Une conception du droit public*, dans *Revue générale du droit*, 1914, t. XXXVIII, p. 260-270.

1. Voy. ci-dessus, n° **68**, p. 1-3; comp. nos **69-71**, p. 4-20.

manque d'une épistémologie réfléchie et rationnelle, défaut trop commun à la plupart de nos œuvres juridiques, et dont l'influence troublante se fait particulièrement sentir chez DUGUIT, qui distingue mal les réalités des concepts, confond trop souvent idées et formules, et ne semble pas être arrivé à fixer le rôle exact des abstractions dans l'élaboration scientifique du droit[1]. Mon sentiment, à cet égard, ressort suffisamment des développements présentés en une précédente partie de mon travail[2]. — D'autre part, je tiens pour inutile de louer, une fois de plus, les qualités personnelles et de forme, si profondément prenantes, qui, pénétrant et illustrant d'un bout à l'autre l'œuvre maîtresse que nous considérons ici, ont contribué, pour une bonne part, à en assurer le succès : bravoure de la pensée[3], loyauté du jugement, clarté de l'expres-

---

1. On pourra se rendre aisément compte de ce travers, en relisant par exemple : L. DUGUIT, *Traité*, t. I, n° 28, p. 107-113 et *Transformations dr. pr.*, Appendice I, p. 179-184. Comp. ci-dessus, p. 198, texte et note 1 (n° **117**).

2. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, *passim*, notamment : Introduction, n° **4**, p. 11-13, Première partie, chapitre quatrième, n^os **35-56**, p. 101-164. — Comp. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, Paris, 1906, n°s 21-23, p. 46-53 et dans *Festschrift Otto Gierke*, Weimar, 1910, p. 502-503, p. 504-505, p. 507, p. 508-509. — H. NÉZARD, dans *Revue générale d'administration*, 1912, t. II, p. 145-146.

3. Notons, par exemple, que DUGUIT n'hésite pas à affirmer, soit son admiration sympathique pour la féodalité (*L'Etat, le droit objectif*, p. 69-71, p. 330. — *Traité*, t. I, p. 150 [n° 37]. — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 122-123. — *Transformations droit public*, p. 4-5) ; — soit la vérité, qu'il reconnaît, dans les idées, de GUIZOT et de ROYER-COLLARD, sur la primauté de la raison dans l'ordre social (*Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 60-62. — *Transformations dr. public*, p. 16 17. — Comp. *Traité*, t. I, p. 108 [n° 28]). Et, bien qu'il y ait lieu d'en être étonné, pareilles affirmations attestent, à l'heure actuelle, un vrai courage (comp., d'ailleurs, A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, 1909, p. 36-37, p. 50). — D'autre part, DUGUIT a su parfois désavouer formellement certaines opinions, qu'il avait primitivement admises. C'est ainsi, qu'il a franchement abandonné la doctrine organiciste, reposant sur l'identification des faits sociaux avec les phénomènes physiques ou biologiques (*L'Etat, le droit objectif*, p. 17.

sion, fermeté du raisonnement, sûreté et plénitude des déductions. — Ceci rappelé pour mémoire, je devrai, de plus, laisser à part, pour l'instant, tout ce qui, dans les ouvrages de Duguit, me semble se rattacher à la mise en œuvre constructive du droit plutôt qu'à la reconnaissance scientifique de ses données [1]. C'est ainsi que je réserve, à cette place, l'appréciation des concepts tendant essentiellement à la modification des cadres traditionnels, — tels : la transformation profonde de la notion même du rapport juridique, la suppression du sujet de droit et des droits subjectifs, la négation de la personnalité morale, — qui ne dépendent, à mes yeux, que d'une élaboration proprement technique, rentrant dans une autre partie de mon ouvrage [2]. — Enfin, comme je ne saurais passer en revue l'ensemble des théories, renouvelées en tout ou en partie par Duguit, j'écarte, de parti pris, tout ce qui, de ses travaux, touche spécialement le droit administratif, voire le droit public proprement dit, sans même excepter de mon exclusion la théorie du syndicalisme, qui, tendant simplement à un déplacement dans la détention de la puissance publique [3], ne modifierait pas, à mes yeux, les termes essentiels du problème du droit.

En définitive, donc, ne retenant ici que le fonds substantiel, qui reste à la base du système de Duguit, et l'envisageant en fonction des relations d'homme à homme, où je vois la trame primitive et comme le support nécessaire de l'ordre juridique tout entier, je voudrais, sim-

— *Traité*, t. I, p. 16-17 (n° 6)], et qu'il n'a prôné le syndicalisme fonctionnariste qu'après l'avoir combattu (*Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 136-138).

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nos **32-34**, p. 95-100. — Voy. une critique, poursuivie principalement du point de vue que j'écarte ici, dans la dernière partie du compte rendu de *L'Etat, le droit objectif*, par MM. Hauriou et Mestre, dans *Revue du droit public*, 1902-1°, t. XVII, p. 359-365.

2. Voy. ci-après, la troisième partie du présent ouvrage.

3. Comp. ci-dessus, n° **125**, p. 225-227.

plement, m'attacher à discerner la vérité, capitale et féconde, qui s'y trouve contenue, puis rechercher si, telle que la présente DUGUIT, cette vérité ne se heurte pas à des nécessités impérieuses, qui risquent de l'annihiler, me demander enfin si les bases, sur lesquelles DUGUIT a prétendu l'établir, sont de force à soutenir une discipline, telle que le droit, qui doit encadrer toute la vie morale, économique et sociale, de l'humanité.

130. — La pensée fondamentale, qui domine l'œuvre de DUGUIT et la pénètre comme un ferment vigoureux et fécond, est celle d'une *règle de droit*, supérieure à toutes les contingences, et constituant un *droit objectif*, c'est-à-dire indépendant des sentiments, des conceptions ou des volontés, par où se marquent la fragilité et l'inconsistance de ce qui tient à l'esprit de l'homme, et participe à sa faiblesse[1]. — Ce *droit objectif*, que DUGUIT prétend dégager de la solidarité ou de l'interdépendance sociale[2], lui est, en réalité et d'après la pensée profonde de notre auteur, antérieur[3]. Aussi, peu rassuré sur la valeur du fondement qu'il lui assignait, a-t-il, quelque jour, déclaré qu'il le *postulait* comme « règle de conduite s'imposant à tous »[4], et l'a-t-il finalement rattaché à une croyance, « la

1. Voy. ci-dessus, nos **119-122**, p. 202-214. — Et, spécialement : L. DUGUIT, *Transformations droit public*, p. 16-17, p. 26-27, p. 29-30, p. 35, p. 76-77, p. 78-81.

2. Voy. ci-dessus, p. 200-202 (nos **118-119**). — Et spécialement : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, chapitre I et chapitre II, § 1, p. 23-91.

3. L. DUGUIT, dans *Revue du droit public*, 1907, t. XXIV, p. 417 : « Discuterons-nous ici le fondement de cette obligation? si elle repose sur un contrat entre gouvernants et gouvernés, ou sur les droits individuels de l'homme, ou sur la solidarité sociale? Non point. La solution de ces questions importe peu. Les doctrines qu'elles ont suscitées ne sont que l'explication d'un fait social constaté directement par l'observation ».

4. L. DUGUIT, *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 8-9. — Comp. *Traité*, t. I, p. 7 (n° 2).

croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie »[1]. C'est donc bien la règle objective de droit, que DUGUIT place au sommet de sa construction, au-dessus même de la solidarité sociale, qui n'en est qu'une explication... contestable[2]. Et, c'est pour mieux en assurer le règne dominateur, qu'il a nié la souveraineté de l'État, la personnalité juridique, voire même le droit subjectif[3]. — Qu'on scrute à fond l'œuvre de DUGUIT, et qu'au travers de cette œuvre, en apparence touffue et complexe, on cherche à saisir le principe essentiel, qui anime toutes les idées, qui relie toutes les solutions, on n'en trouvera pas de plus haut ni de plus profond, que celui, qui reconnaît ou suppose, au besoin, l'existence d'une règle impérieuse, dominant, de soi, toute la vie sociale de l'humanité.

Aussi bien, notre savant collègue, présentant au public français le livre magistral de Woodrow WILSON sur *l'État*, nous a-t-il nettement déclaré : « Après un quart de siècle consacré à l'étude du droit et de la politique, je suis arrivé à cette conviction profonde que toute recherche sociale n'a de raison d'être et de valeur que si elle peut formuler une règle de conduite qui s'impose au respect des gouvernants »[4]. Et, après avoir relevé, chez l'auteur qu'il préfaçait, « le défaut commun à toutes les doctrines de sociologie pure : l'impuissance à fonder une morale politique ou sociale aussi bien qu'une morale individuelle »[5], il posait, en ces termes, le problème

1. L. DUGUIT, *Transformations dr. public*, p. 45.
2. Comp. encore : L. DUGUIT, *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 6-13. — *Transformations dr. privé*, p. 25-27. — *Transformations dr. public*, p. 44-45.
3. Voy. ci-dessus, p. 215-216 (n° **123**), p. 218-219 et 224 (n° **124**), p. 229-230 (n° **126**).
4. L. DUGUIT, Préface à W. WILSON, *L'Etat. Eléments d'histoire et de pratique politique*, trad. WILHELM, Paris, 1902, t. I, p. XVIII-XIX.
5. L. DUGUIT, *ibid.*, p. XIX.

capital et nécessaire, de la science politique : « Pourquoi et quand la volonté générale, dont, par hypothèse, le gouvernement est l'organe, peut-elle imposer, même par la force, aux volontés individuelles réfractaires, les décisions qu'elle a prises? »[1]. — Puis, cherchant à se préciser à lui-même la difficulté, il poursuivait : « Le problème ne sera résolu que lorsqu'on aura déterminé les conditions, sous lesquelles la décision des gouvernants, même approuvée par la quasi-unanimité des gouvernés, est légitime en soi ; ces conditions ne peuvent se trouver que dans la reconnaissance d'une règle de conduite, supérieure aux gouvernants, et qui commande, dirige et limite leur action »[2]. Plus loin, encore : « Il faut, par suite, de toute nécessité, formuler une règle qui soit la norme de cette action gouvernementale, qui la commande, la dirige et la limite et qui soit le critérium de sa légitimité. Pour tout dire d'un mot, il n'y aura de science politique que lorsqu'on aura trouvé le principe d'une morale politique...; ce principe ne peut se trouver dans les contingences d'un prétendu développement social, indépendant des activités individuelles, puisque ce sont celles-ci, et, au premier chef, celles des gouvernants, qui provoquent et dirigent ce développement »[3]. — Enfin, il proclame que « ... l'élément moral doit... occuper la première place dans la science et l'art politiques »; et il conclut : « Je suis de ceux qui pensent, au contraire, que le fait primordial auquel se rattachent toutes les manifestations sociales, est un acte de conscience individuelle, qu'en tout cas l'écrivain politique ne remplit toute sa tâche que s'il tente de déterminer, à la lumière de la raison et de l'expérience, le principe stable et permanent d'une règle de conduite, s'imposant aux gouver-

1. L. Duguit, *ibid.*, p. xxii.
2. L. Duguit, *ibid.*, p. xxii.
3. L. Duguit, *ibid.*, p. xxiv.

nants, fixant leurs devoirs et limitant leur action »[1]. — N'y a-t-il pas, au milieu de ces critiques et de ces tâtonnements, la constante affirmation de la règle même de la vie sociale, que notre auteur traduisait ailleurs dans l'expression, énergique et voulue, de « droit objectif »?

Pareille affirmation ne laisse pas que d'étonner, de la part d'un auteur, qui repousse toute idéalité métaphysique, ne compte que sur l'observation et ne veut voir que les faits[2]. Car, si les faits nous laissent apercevoir un certain ordre dans les rapports entre les hommes, du moins n'en sauraient-ils faire une règle de la conduite future de l'humanité, une norme qui doive s'imposer, pour brider les volontés rebelles L. Duguit prétend, pourtant, trouver le principe de cette règle dans l'interdépendance sociale, disons, plus généralement, dans le fait même de la vie en société[3]. — Il est bien vrai que ce fait permet seul d'assigner un contenu objectif à la règle de droit. Et il faut reconnaître encore comme un résultat éminent des efforts de Duguit, d'avoir mis en relief le caractère profondément social du droit, jusqu'à ériger en fonctions sociales la liberté, l'autonomie de la volonté, la propriété, et, plus largement, toutes les facultés juridiques, que l'on considérait trop volontiers comme des prérogatives intangibles de l'individu[4]. — Toutefois, ces considérations ne justifient, en rien, que la règle de fait doive rester la règle de droit. L'observation, à elle seule, est manifestement impuissante à établir que l'interdépendance sociale soit *bonne en soi*. Et, supposé acquis ce point, qui n'offre même aucun sens acceptable dans la philosophie de Duguit[5], comment

1. L. Duguit, *ibid.*, p. xxv.
2. Voy. ci-dessus, p. 197-198 (n° **117**). — Et spécialement : L. Duguit, *Transformations dr. privé*. Appendices I-II, p. 179-191.
3. Voy. notamment : L. Duguit, *Transformations dr. public*, p. 76-77. — Comp. *Transformations dr. privé*, p. 187.
4. Voy. ci-dessus, nos **126-127**, p. 227-239.
5. Comp. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 19 (n° 7). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 9. — *Transformations dr. privé*, p. 187.

en induire, sans l'assistance d'un principe moral supérieur, que pareil bien doive être poursuivi [1] ?

J'ai donc pu dire [2], avec bien d'autres [3], qu'au fond, DUGUIT reprenait, sous une forme nouvelle, l'idée essentielle du droit naturel. Lui-même n'a pu contester ces imputations, qu'en attribuant à la notion de droit naturel une configuration, hiératique et étroite, qui en dénature l'essence [4]. — Il n'est pas exact que le droit naturel implique « la conception d'un droit idéal, absolu, vrai d'une vérité géométrique, dont les hommes doivent travailler à se rapprocher constamment davantage » [5]. On n'est pas mieux fondé à lui imputer une immutabilité de préceptes incompatible avec l'évolution de la société [6]. Et il n'est même pas nécessaire d'y trouver « la reconnaissance à tout individu humain de certains droits qui lui appartiendraient naturellement, à cause de sa qualité d'homme, à cause, suivant l'expression du regretté Henry MICHEL, de l'éminente dignité de la personne humaine » [7]. — Mais, en laissant à part les variétés infinies qu'en peut présenter une

---

1. *Adde :* ci-après : p. 262-271 (n^os^ **132-133**).

2. Fr. GENY, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, nouvelle série, t. XXX, p. 508-510 (Compte rendu de *L'Etat, le droit objectif*).

3. Comp notamment : M. DESLANDRES, dans *Revue du droit public*, 1908, t. XXV, p. 10. — J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910, p. 198-199. — L. MICHOUD, d'après L. DUGUIT, *Transformations dr. privé*, p. 186-187. — Voy. aussi H. NÉZARD, dans *Revue générale d'administration*, 1912, t. II, p. 140-141.

4. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 100, p. 428. — *Traité*, t. I, p. 18-19 (n° 7), p. 108-109 (n° 28). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 9-11, p. 60-62. — *Transformations dr. privé*, p. 185-188.

5. L. DUGUIT, *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 10.

6. L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 100, p. 428. — *Traité*, t. I, p. 18 (n° 7), p. 108-109 (n° 28). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 10, p. 62. — *Transformations dr. privé*, p. 185-186.

7. L. DUGUIT, *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 10. — Voy. la réfutation anticipée de ces assertions, dans *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1901, N. S., t. XXX, p. 508-509.

conception détaillée, ce qui reste l'essence indestructible de la notion du droit naturel, c'est l'idée d'une règle s'imposant à l'homme en société, à part et au-dessus de la contingence des faits, capable, comme telle, de brider les volontés divergentes, et seule fondée à justifier les directions fondamentales du droit positif[1].

Or, cette idée — de quelque nom d'ailleurs qu'on la veuille désigner — apparaît pleinement traduite dans la règle du droit objectif, « permanente en son principe, infiniment changeante dans ses applications », telle que la présente l'œuvre que nous critiquons ici[2]. Et, de l'avoir constamment maintenue et appliquée[3], au regard des exigences complexes de la vie sociale, en dépit des difficultés théoriques ou pratiques qu'il y rencontrait, et fût-ce même au prix de quelques contradictions logiques, cela demeure, à mes yeux, le mérite éminent, capital, impérissable, de L. Duguit.

131. — Mais la suprématie de la règle objective de droit, ainsi proclamée, ne risque-t-elle pas de l'anéantir, par son intensité et son exaspération mêmes? — En effet, si élevée en soit la source, le droit objectif est destiné à s'adapter aux contingences de la vie. Et, l'on peut se

---

1. Comp. ci-dessus, nos **70-71**, p. 10-20 et ci-après le chapitre neuvième de cette seconde partie (XIV), *passim*, notamment nos **176-177**.

2. Voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 11, p. 98-100, p. 150-152, p. 615; comp. p. 14, p. 428. — *Traité*, t. I, p. 18 (n° 6).

3. Je relève encore ce passage, auquel je ne puis que donner ma pleine adhésion : « Nous n'avons jamais compris cette opposition que l'on prétend établir entre l'équité et le droit, entre la solution vraie en droit et la solution vraie en équité, entre la solution théorique et la solution pratique. Ce qui n'est ni pratique ni équitable n'est pas juridique. Le droit est la règle inspirée par un sentiment d'équité et venant répondre à un besoin pratique. Il est cela, il n'est que cela et une règle qui n'est pas cela n'est pas une règle de droit ». L. Duguit, *Transformations droit public*, p. 257.

demander s'il ne leur est pas tellement hétérogène, qu'il se montre, en fait, incapable de les régenter, sans l'intermédiaire d'un instrument formel, qui, dût-il en subir la souveraineté inéluctable, demeurera, malgré tout, impuissant, à remplir efficacement son propre rôle. Prenant la question du point de vue pratique, on devra décider, notamment, si la loi positive conserve sa force obligatoire et sa valeur efficace, au regard d'une règle de droit, dont elle méconnaîtrait les préceptes impérieux, ou bien, au contraire, si tout individu, appelé à subir ou à mettre en œuvre semblable loi, demeure fondé à lui opposer la règle supérieure qu'elle outrage? — Il y a là un conflit, surgissant inévitablement de l'opposition, que manifeste la vie, entre le droit objectif et ses moyens imparfaits d'expression.

Or, par l'énergie même qu'il attribuait à la règle de droit, Duguit était amené à la faire passer avant toute autorité, qui ne dérivât que des volontés humaines, quelles qu'elles fussent. Et telle est, aussi bien, la doctrine qui se dégage, sur ce point, de toute son œuvre [1]. Ce résultat a fait taxer la doctrine d'anarchisme [2], tout au moins d'anarchisme doctrinal [3], d'anarchisme de la chaire [4], ou de quasi-anarchisme [5]. — Sans doute, Duguit s'est défendu de ces reproches, en observant qu'il ne niait

---

1. Voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 255-272, p. 311-317, p. 377, p 423-425. — L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, Paris, 1906, p. 52. — M. Hauriou, *Les idées de M. Duguit* (Extrait du *Recueil de législation de Toulouse*), Paris, 1911, notamment p. 1, p. 13, p. 40.

2. Voy. par ex. : A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, 1906, p. 40. — L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, Paris, 1906, p. 52.

3. M. Hauriou et A. Mestre, dans *Revue du droit public*, 1902-1°, t. XVII, p. 348, p. 353.

4. M. Hauriou, *Principes du droit public*, Paris, 1910, p. 79, texte et note 1.

5. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I,

pas l'existence des gouvernements, où il voyait la constatation d'un simple fait « conséquence de la différenciation, qui se produit naturellement dans toute société entre les forts et les faibles »[1]. Il n'en est pas moins vrai, qu'éludant la question de la légitimité de ce fait, il ne pouvait, en toute assurance, l'opposer à la suprématie de la règle. — Plus manifestement encore, il tournait la difficulté, sans la résoudre, quand il déclarait que, tandis que « l'anarchisme... est essentiellement individualiste », sa propre doctrine « est essentiellement socialiste, puisqu'elle repose tout entière sur l'interdépendance des hommes vivant en société », ajoutant encore que sa « théorie de la loi est elle-même essentiellement sociale, parce qu'elle astreint les gouvernants à n'édicter que des lois sur le caractère juridique desquelles il ne puisse pas y avoir de doute »[2]. Car, il reste toujours, qu'en présence d'actes de l'autorité, qui peuvent contredire l'interdépendance sociale, au lieu de la consacrer, la défense, vraie ou prétendue, de la règle de droit permet à chacun de troubler gravement l'ordre social[3]. — Au surplus, il faut laisser à part ce grief *nominal* d'anarchisme, pour apprécier, de plus près, de quelle façon fonctionnerait la doctrine.

A cet égard, il semble qu'on observe quelque flottement dans la série des pensées exprimées, successivement, parfois même simultanément, par notre auteur.

Au premier abord, quand on lit, avec une sympathie facile à convaincre, les développements enthousiastes, qui constituent le fonds essentiel de son œuvre capitale : *L'État*,

---

p. 42. — Voy. aussi : H. Nézard, dans *Revue générale d'administration*, 1912, t. II, p. 142-143.

1. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 87-88 (n° 24).

2. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 150 (n° 37). — Comp. *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 55-56.

3. Une justification plus ingénieuse de la doctrine de Duguit, contre le reproche d'anarchisme, a été présentée par G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 181-184. — Nous aurons sans doute à y revenir dans la quatrième partie de notre travail.

le droit objectif et la loi positive, on est bien tenté de penser que, grâce à la domination exclusive de la règle de droit, issue de la solidarité sociale, s'imposant à tous, gouvernants et gouvernés, légitimant seule les actes de volonté par le but qu'elle leur assigne, et défiant toute volonté contraire d'où qu'elle puisse venir, on possède enfin la norme supérieure de justice, contre laquelle vienne infailliblement se briser toute décision non conforme à ce type, soit qu'elle émane d'un monarque absolu, soit même qu'elle s'abrite derrière le postulat fallacieux de la souveraineté nationale[1]. Et cette impression se confirme de plusieurs passages de DUGUIT, qui semblent bien attribuer une portée absolue, et allant jusqu'à l'extrême des sanctions pratiques, à toute sa théorie[2].

Mais, si l'on arrive aux conséquences concrètes, en suivant le développement réel du système, surtout d'après le *Traité de droit constitutionnel*, on s'aperçoit, qu'au fond, toute cette thèse, de la supériorité, nécessaire et inviolable, du « droit objectif », manque des garanties indispensables pour en assurer l'efficacité, que, plutôt même, et par une ironie singulière, certaines garanties apparentes ne vont à rien moins qu'à la ruiner dans l'application pratique. — D'une part, en effet, une défense efficace, contre les entreprises de l'autorité gouvernante, des pouvoirs objectifs, que confère à tous la règle de droit, fondée sur la solidarité sociale, demandait un système positif de forces ou de

---

1. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 320-349. — *Traité*, t. I, n°s 9-12, p. 23-37.

2. Voy. par exemple : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 279-280, p. 302-311, p. 349-359, p. 376-378, p. 423-425, p. 467, p. 531-537, p. 560-561, p. 616, p. 617. — *Traité*, t. I, n° 14, p. 41-43; n° 16, p. 50-55; n° 37, p. 149-153. — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 50-54. — La conséquence logique de ces idées est que la forme de la loi positive n'ajoute rien, en réalité, à la règle de droit, prise en soi. C'est, aussi bien, ce que reconnaît L. DUGUIT. Voy. *L'État, le droit objectif*, p. 556 (à propos des lois normatives). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 55-62.

préceptes, permettant — par un jeu d'équilibre habilement combiné — de tenir en échec la puissance effectivement agissante, fût-ce l'autorité législative, appuyée, chez nous, sur le suffrage populaire. Or, L. DUGUIT, qui ne se montre pas favorable à l'idée d'une haute juridiction, compétente pour apprécier les actes législatifs et, au besoin, les annuler, si elle les juge contraires au droit objectif, n'indique, par ailleurs, aucun autre moyen d'obtenir pratiquement ce résultat[1]. Bien plus, il envisage avec défiance l'exception d'inconstitutionnalité, et, en tout cas, n'admet pas que, « dans un régime fondé comme le nôtre essentiellement sur le principe de légalité », il soit permis aux tribunaux « d'apprécier la légalité de la loi qu'ils sont obligés d'appliquer ». Décider le contraire « serait leur permettre de s'insurger contre le principe même, en vertu duquel ils peuvent agir, ce serait créer un véritable élément d'anarchie »[2]. De sorte, qu'en dépit de l'expédient des constitutions rigides[3], qui, faute de sanction, reste aussi purement théorique, le droit objectif se trouve à la discrétion de la loi positive, par la vertu même du principe de légalité établi pour le protéger[4]. — D'autre part, le même principe de légalité semble bien, suivant la doctrine de DUGUIT, ne pas laisser aux tribunaux la possibilité d'appliquer la règle de droit, telle qu'elle se dégage de la solidarité sociale, dans les cas où le silence ou l'incertitude de la loi positive devraient leur ménager un champ d'action indépendant. En effet, la légalité moderne, qu'on nous représente comme destinée à garantir à tous la mise

1. L. DUGUIT, *Traité*, t. I, p. 155-157 (n° 38).

2. L. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 659 (n° 94). — L'auteur s'est montré moins tranchant dans : *Traité*, t. I, p. 159 (n° 38). *Adde :* p. 157-160.

3. L. DUGUIT, *Traité*, t. I, p. 154-155 (n° 38). — Cpr. p. 57 (n° 17); p. 152 (n° 38); t. II, p. 14 (n° 94) et n° 168, p. 515-518.

4. L. DUGUIT, *Traité*, t. I, p. 65 (n° 19) et p. 152-154 (n° 38); p. 189-192 (n° 41).

à effet du droit objectif[1], implique que les agents de l'État, y compris ceux qui exercent le pouvoir proprement juridictionnel, ne peuvent statuer sur les cas particuliers qu'en s'appuyant au texte de la loi positive[2]. On peut se demander, toutefois, comment, dans un pareil système, trouverait encore à s'appliquer l'article 4 du Code Napoléon, qui, combiné avec l'article 185 du Code pénal et les articles 505-4° et sq. du Code de procédure civile, paraît bien devoir constituer également une garantie, vraiment sérieuse, de l'application du droit objectif au profit des particuliers. Et, peut-être, faudrait-il dire que ces textes de loi positive viennent, à leur tour, insérer, dans le système de légalité, un réactif, permettant d'en atténuer les premières conséquences, un peu déconcertantes. Si Duguit ne l'exprime pas positivement, il semble permis d'interpréter en ce sens une note un peu énigmatique de son livre capital[3]. — Quoi qu'il en soit, on doit convenir que le prétendu principe de légalité, — qui nous est présenté comme un postulat, sans être, ni l'objet d'une démonstration précise[4], ni expliqué par des considérations d'opportunité, qui pussent le justifier comme instrument technique[5], — vient introduire, dans le système, si forte-

---

1. L. Duguit, *L'État, le droit objectif*, p. 428-429, p. 466-468, p. 502-503 (comp., pour l'historique : p. 469-501). — *Traité*, t. I, p. 56 (n° 18); t. II, p. 1-2 (n° 92). — *Transformations droit public*, p. 74. — Voy. encore : *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, p. 363.

2. L. Duguit. *L'État, le droit objectif*, p. 429, p. 466-468, p. 521, p. 532-533. — *Traité*, t. I, p. 50, p. 52 (n° 16); p. 140 (n° 35); t. II, p. 2 (n° 92).

3. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 533, note 1.

4. Voy. les passages cités p. 257, note 4 et p. 258, notes 1-2 (n° **131**). — *Adde : Transformations du droit public*, p. 74, p. 76-77.

5. Comp. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, t. I, Paris, 1911, p. 41-42 (n° 27); et dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, nouvelle série, t. XXX, p. 508. — Voy. une critique, beaucoup plus poussée, dans M. Hauriou, *Les idées de M. Duguit*, Toulouse, 1911, notamment p. 13-32.

ment construit, du droit objectif, de Duguit, un élément de dissolution, dont nous sommes insuffisamment dédommagés par la résistance à l'oppression[1], qui demeure, seule, garantie indispensable, mais singulièrement précaire et dangereuse, de l'efficacité de la règle de droit.

Aussi bien, toutes ces hésitations, qu'explique sans doute l'influence de la considération positive du droit, commandée par les nécessités pratiques, devaient céder, quand Duguit pourrait revenir au point de vue de la science pure, dominant les contingences par la force irrésistible des principes. Et tel est, en définitive, le résultat général de son système. — Non seulement, en effet, il s'efforce d'assurer le règne de principes supérieurs aux caprices d'une législation trop aisément changeante, en maintenant la notion de lois constitutionnelles rigides[2], à laquelle il donne même un champ d'application d'une extension contestable, puisqu'il y rattache, en les plaçant encore dans un domaine supérieur et absolument intangible, les déclarations des droits, dont l'archétype est celle de 1789-1791[3]. Allant plus loin, il discerne, dans le mouvement d'ensemble du droit moderne, « une tendance très forte à reconnaître aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois »[4], et il n'est pas douteux qu'il donne toute son approbation à cette tendance[5]. — En même temps, il affirme et précise la responsabilité de l'État, à l'occasion des actes du Parlement, en des termes et par des raisons, qui manifestent la force de la solidarité

---

1. Voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 312-317. — *Traité*, t. II, n° 117, p. 164-174; comp. t. I, p. 153 (n° 38).
2. Voy. ci-dessus, p. 257, note 3 (n° **131**).
3. L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 143-144 (n° 36); p. 152 et p. 154 (n° 38); t. II, p. 12-15 (n° 94). — Et, pour l'application : t. II, p. 19-22 (n° 95); p. 29-30 (n° 97); p. 38-39 (n° 98); p. 72-73 (n° 105); p. 124-125 (n° 111); p. 150-151 (n° 114). — Comp. *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 36-38.
4. L. Duguit, *Transformations droit public*, p. 97. — *Adde :* p. 97-103.
5. L. Duguit, *Transformations droit public*, p. 91-97.

sociale supérieure à la volonté législative[1]. Bien plus encore, nous le voyons accepter l'idée « d'un haut tribunal composé également des représentants de toutes les classes sociales et jugeant, si je puis ainsi dire, la légalité de la loi »[2].

Finalement, — et sans insister davantage sur un point qui se représentera en une autre partie de notre étude[3], — la supériorité de la règle objective de droit brise, chez Duguit, toutes les résistances, fussent-elles offertes par les nécessités les plus évidentes de l'ordre juridique positif, pour rester seule directrice infrangible de la vie sociale de l'humanité.

132. — Ici, toutefois, apparaît le point vulnérable du système.

L'importance, absolument capitale et dominatrice, qu'il assigne au droit objectif, exigerait, pour celui-ci, une assise d'autant plus profonde, qui le rendît inébranlable. Or, pareille base semble manquer tout à fait, ou plutôt, ce que Duguit a tenté de faire passer pour tel, reste, à l'épreuve, étrangement fragile, voire totalement ruineux.

Essentiellement et principalement, — nous l'avons vu[4], — Duguit prétend fonder le droit objectif ou la règle de droit sur la solidarité ou l'interdépendance, qui, dans l'état de société, lierait les hommes entre eux. — Il serait aisé de montrer combien, *à la supposer admissible et établie*, cette conception demeure impuissante à soutenir un véritable système de droit positif. On s'en rend aisément compte, en considérant les développements, que Duguit

---

1. L. Duguit, *Traité*, t. I, n° 39, p. 160-179. — *Transformations droit public*, p. 234-247. — Comp. *ibid.*, p. 222-234.

2. L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 58. — Comp. *Transformations droit public*, p. 93-94.

3. Voy. ci-après la quatrième partie du présent ouvrage.

4. Voy. plus haut : nos **118-119**, p. 200-203 et notamment L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 23-105.

lui a donnés, pour fixer, par à peu près, les devoirs des gouvernants et en induire quelques règles directrices de l'action législative moderne[1]. L'ensemble de ces déductions apparaît extrêmement vague, sans offrir les éléments nécessaires à l'agencement ou à la combinaison des principes, divers et parfois opposés, qu'il suggère. A vrai dire même, la plupart des solutions positives, qui paraissent s'en dégager, se justifient, le plus souvent, tout aussi bien, sinon mieux, par d'autres principes[2]. A tout le moins, faut-il convenir, que — si profondément qu'on la creuse et quelque extension qu'on lui donne — la solidarité sociale de DUGUIT ne saurait dicter les règles directrices de toute l'organisation juridique : c'est ainsi, par exemple, qu'on lui demanderait vainement les bases d'un règlement juridique acceptable pour les relations de famille[3], la dévolution et l'attribution des successions après décès, le régime hypothécaire. Et, au total, l'idée de l'interdépendance des hommes en société, tant en vertu des similitudes que par la division du travail, voit sa fécondité

---

1. Voy. ci-dessus, p. 204-212 (n^os **120-121**), et notamment : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif*, p. 255-318. — *Traité*, t. II, n°s 93-116, p. 2-174.

2. Ainsi, par la théorie des libertés publiques, engendrant les « droits individuels ». — C'est ce qu'on observe, en suivant DUGUIT lui-même. *Traité*, t. II, n°s 93-116, p. 2-174. — Comp., à cet égard, Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, p. 174-175 (n° 65).

3. Si DUGUIT nous a parlé du mariage (*L'Etat, le droit objectif*, p. 203-205. — Comp. *Traité*, t. I, p. 6), ce n'était que pour le signaler comme constituant, à la fois, un acte juridique générateur de situations juridiques subjectives et un fait condition d'application de devoirs et pouvoirs objectifs donnant lieu à un *état*. — Hors de là, on pourrait, sans doute, reconnaître, dans la famille, un groupe, au sein duquel se développe une solidarité *sui generis*. Mais, comment cette solidarité permettrait-elle de déterminer les limites du groupe, ce qui reste le premier et principal objet de toute théorie juridique de la famille? — Dans *Transformations droit privé*, p. 30, DUGUIT laisse à part l'organisation de la famille, « pour beaucoup de raisons et notamment parce que son évolution revêt un caractère spécial à chaque peuple ».

limitée à un domaine fort étroit. — Toutefois, nous pourrions encore passer sur ces insuffisances, en reconnaissant que la solidarité sociale est, malgré tout, susceptible de fournir appui à quelques règles, particulièrement précieuses, au milieu des relations, si complexes, engendrées par la civilisation moderne.

Mais, ce qui fait l'infirmité irrémédiable du système ainsi présenté, et ce qui le rend franchement inacceptable, c'est le désaccord foncier entre les deux termes qu'il prétend unir. Il s'agit de justifier et de reconnaître *une règle de conduite, qui doive s'imposer obligatoirement* aux hommes vivant en société. Et on allègue simplement *le fait* de l'interdépendance, que constitue cette vie sociale elle-même. Car, si habilement qu'on la présente, si minutieusement qu'on l'analyse, la prétendue solidarité sociale n'est, en soi, qu'un fait. Duguit n'y peut et n'y veut pas voir autre chose[1]. Sans doute, il la donne bien comme constituant un fait de conscience[2]. Mais cela n'avance pas la question d'un pas. Car un fait de conscience demeure un fait. Or, il faudrait nous démontrer comment ce fait, à le supposer même incontesté, engendre légitimement l'obligation de le maintenir et de le développer[3]. Vainement, nous laisse-t-on entendre que, la solidarité apparaissant comme une condition essentielle de la vie en société, l'homme, qui ne peut se passer de cette vie, est conduit par là même à pratiquer la solidarité[4]; nous demandons toujours

1. Voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 23-24, p. 39-40, p. 80-81, p. 91, p. 104, p. 139. — *Traité*, t. I, p. 14 (n° 6). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 7-8, p. 10. — *Transformations dr. privé*, p. 26-27, p. 187. — *Transformations dr. public*, p. 44-45.

2. Voy. notamment : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 85, p. 91, p. 138, p. 615.

3. Rappr. Fr. Geny, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, nouvelle série, t. XXX, p. 509 (compte rendu de *L'Etat, le droit objectif*).

4. Voy. par exemple : L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 33-34, p. 39-40. — *Traité*, t. I, p. 14, p. 15-16 (n° 6); p. 17, p. 19 (n° 7). —

comment cette nécessité de fait se mue en nécessité de droit. Et, quand l'on fait allusion à une sorte d'instinct ou de voix intérieure, qui suggérerait à l'homme de vouloir la solidarité[1], nous restons fondés à réclamer les titres, qui autorisent cette suggestion, et que nous n'apercevons pas sur le terrain du fait. Car, enfin, en admettant qu'une puissance inconnue incline manifestement les volontés vers la réalisation de la solidarité sociale, rien, dans les faits, ne saurait démontrer qu'il convient de s'abandonner à cette impulsion, voire même de la développer, plutôt que d'y résister et de la combattre. — Et, d'ailleurs, si les faits nous entraînent invinciblement dans ce sens, que pourrons-nous au regard de l'inexorable fatalité?

Aussi bien, — nous l'avons dit[2], — DUGUIT ne maintient-il plus, que comme une explication contestable, la solidarité ou l'interdépendance sociale, à la base de son système. En dernier lieu, il nous présente la règle de droit, en elle-même, comme une notion, qui « remplit la conscience des hommes modernes », comme « une création psychologique de la société, déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral », et qui n'a d'autre fondement que « la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie »[3]. — Ces idées vagues constituent, pour un monument aussi important que l'édifice juridique, une base bien étroite et bien peu ferme[4]; telles qu'elles sont, elles paraissent même s'accorder mal avec la philosophie générale de DUGUIT.

Transformations dr. privé, p. 187-188. — Comp. *Transformations dr. public*, p. 76-77.

1. Comp. L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 16, p. 615.

2. Voy. ci-dessus, p. 248, texte et notes 2-4, p. 249, texte et notes 1-2 (n° **130**).

3. L. DUGUIT, *Transformations dr. public*, p. 45.

4. Comp. J. FAUREY (*Une conception du droit public*), dans *Revue générale du droit*, 1914, t. XXXVIII, p. 268-269 et p. 270.

133. — En effet, la faiblesse intime de toute la construction tient à l'indigence voulue de la philosophie qui la domine. DUGUIT prétend, *a priori* et absolument, bannir toute métaphysique[1]. — De quel droit? — Parce que, nous dit-il, il fait œuvre purement scientifique et que la métaphysique reste, à ses yeux, exclue du champ de la science[2]. — Mais, sans discuter ici cette notion étroite de la science, il faudrait, d'abord et avant tout, nous montrer que la science positive, ainsi comprise, peut suffire à diriger la vie sociale de l'humanité. Car, si elle n'y suffit pas, comme semble bien l'indiquer toute l'histoire de la civilisation et du droit, c'est en vain que nous voudrions, à l'image d'enfants capricieux et rageurs, nous débattre ou nous insurger contre une nature des choses, qui, en dépit de tout, reste plus forte que nous. Bon gré mal gré, il la faut subir; et le plus sage est de l'utiliser au mieux.

C'est ce qu'on reconnaît de plus en plus. Et le gain, le plus net, de la « philosophie nouvelle » est, peut-être, d'avoir marqué, soit par un élargissement de la notion de science, soit par le diagnostic de forces plus obscures et plus profondes, la place nécessaire de recherches dépassant le domaine de la simple constatation des faits, pour constituer, à côté de la science positive, cette science idéale déjà entrevue par M. BERTHELOT[3]. Le positivisme

---

1. Voy. plus haut, p. 197, texte et notes 2-3, p. 198, texte et notes 1-4. — Voy. surtout les références des notes 2 de la p. 197 et de la p. 198 (nº **117**). — Rappelons particulièrement ici les appendices I-II de : *Transformations droit privé*, p. 179-191.

2. Voy. encore : L. DUGUIT, *Transformations droit privé*, p. 2, p. 176.

3. Voy. notamment : M. BERTHELOT, *La science idéale et la science positive*, dans *Science et philosophie*, Paris, 1886, p. 17-40. Comp. p. 13-16. — *La science et la morale*, dans *Science et morale*, Paris, 1897, p. 13-19. Comp. 23-32. Voy. encore plus loin *ibid.*, p. 42-43, p. 47-48. — (Ces conceptions restent un peu troubles, parce que l'auteur s'en tient au point de vue d'une science purement *descriptive*, sans pénétrer dans

étroit, auquel DUGUIT semble vouloir rester attaché, et qu'il nous présente comme répondant seul aux exigences de l'esprit moderne[1], n'est plus aujourd'hui qu'un moment largement dépassé. Peut-être, en doit-on dire ce que DUGUIT a dit lui-même d'autres mouvements d'idées[2], que, « venu à son heure, il a rendu d'immenses services ». Et, de fait, il a pu constituer une réaction utile contre les développements insipides et stériles du spiritualisme cousinien[3]. Mais, ayant épuisé sa mission propre, il ne saurait désormais maintenir son exclusivisme farouche[4]. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, ici, d'une question de mode ou de vogue. La vérité même des choses nous impose le maintien de cet idéal transcendant, sans lequel s'effondre toute la vie morale ou sociale de l'homme[5]. J'ai naguère suffisamment insisté sur ce point[6], pour n'avoir plus à y revenir ici.

D'ailleurs, il ne suffit pas de nier la métaphysique ou d'en faire fi, pour s'en passer effectivement. Malgré son vif désir de les éluder, DUGUIT n'échappe pas à l'empire des

---

le problème soulevé par la science *normative*. — Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **22**, p. 67-70).

1. Voy. notamment : L. DUGUIT, *Transformations dr. privé*, p. 9, p. 17-18, p. 176. — *Transformations dr. public*, p. 43, p. 76. — Rappr. *Le droit constitutionnel et la sociologie*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 484-505.

2. Voy. par exemple : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 13-14. — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 4. — *Transformations dr. privé*, p. 17.

3. Comp. S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, p. 219-226, p. 239-250, p. 256-270.

4. Voy. encore : V. GIRAUD, *Le bilan de la génération littéraire de 1870*, dans *Revue des deux mondes*, numéro du 1er janv. 1914, sixième période, t. XIX, p. 143-167, notamment §§ IV-V, p. 156-163.

5. *Adde* : P. BOURGET, Réponse au discours de réception, à l'Académie française, de M. E. BOUTROUX, le 22 janv. 1914.

6. V. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Introduction et 1re partie, Paris, 1914, *passim*, notamment : nos **22-34**, p. 67-100; n° **48**, p. 140-145; n° **55**, p. 160-164; nos **60-63**, p. 179-194; et dans le présent volume, n° **69**, p. 4-10; n° **75**, p. 31-39; nos **80-86**, p. 52-86.

considérations transcendantes à l'expérience. Prenons, en effet, la notion, qu'il nous donne lui-même de la métaphysique, en la définissant, d'après LITTRÉ et DARMESTETER [1], ce « qui dépasse la nature et par conséquent qui n'est pas susceptible d'une constatation directe » [2]. Combien de notions, mises en œuvre dans son système et en formant des pièces essentielles, qui tombent invinciblement sous cette définition? — Avant tout, la notion fondamentale de la règle de droit, considérée comme devant régir obligatoirement, dans l'avenir, la conduite de l'homme en société. Car, si l'observation peut nous faire constater l'existence d'un certain ordre [3], établi dans les relations humaines, aucune constatation directe n'est capable de nous suggérer que cet ordre doit être maintenu pour l'avenir [4]; c'est là, pourtant, l'essence même de la norme juridique. Je sais bien que DUGUIT, démentant l'identité foncière, qu'il avait proclamée ailleurs entre la morale et le droit [5], a pensé finalement pouvoir échapper à l'objection, en dis-

1. D'après mes recherches personnelles, je dois faire une réserve sur cette attribution, que DUGUIT n'a d'ailleurs appuyée d'aucune référence précise.

2. L. DUGUIT, *Transformations dr. privé*, p. 181.

3. Encore faut-il convenir que la *notion* d'ordre, prise en soi, échappe à l'observation et requiert un véritable jugement de valeur, que ne nous offre pas la seule expérience. — Comp. H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, Paris, 1912, 2e éd., p. 239-257.

4. L'objection a été nettement formulée par L. MICHOUD, dans une lettre que cite L. DUGUIT, *Tranformations dr. public*, p. 186-187 : « ... votre théorie de la règle de droit... très certainement dépasse les données de l'expérience; car celles-ci nous montrent le fait de la solidarité, mais nullement l'obligation pour nous d'observer une règle en dérivant plus ou moins directement. Pour démontrer cette obligation, il faudrait démontrer, non seulement qu'elle est nécessaire à l'existence et à la prospérité des groupements humains et à l'humanité elle-même, mais encore que nous sommes obligés de travailler à cette existence et à cette prospérité. Est-ce vraiment possible sans recourir à des notions transcendentales? »

5. Voy. ci-dessus, p. 199 (n° **117**); et notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 101-104.

tinguant la règle morale, qui, mettant en jeu l'idée de bien, impliquerait appel à la métaphysique, de la règle de droit, dont l'autorité s'affirmerait sans l'intervention de notions transcendantes[1]. Mais, voyons comment il justifie sa distinction : « Si j'avais affirmé », nous dit-il, « l'existence d'une règle morale fondée sur le fait de la solidarité, j'aurais fait de la métaphysique. Mais j'ai dit que l'homme, être social, est obligé de se conformer à la loi d'interdépendance, parce que, en fait, s'il ne le fait pas, il en résulte une réaction sociale ou du moins un désordre social »[2]. Et, plus loin : « Nous ne disons pas : l'acte de coopération à la solidarité est bon; nous disons : l'acte de coopération a une valeur et des conséquences sociales »[3]. Est-ce que, par hasard, les notions de « désordre social » ou de « valeur sociale » tombent sous la constatation directe? Et ne sont-elles pas équivalentes à la notion même du bien moral ou social, exigeant, comme celle-ci, une appréciation d'ordre métaphysique? Même la notion de « réaction sociale » ou celle de « conséquences sociales », en dépit de leur apparence positive, ne prennent un sens saisissable et précis, que moyennant un jugement de valeur, qui excède manifestement la portée de l'observation et de l'expérience[4]. — DUGUIT, pourtant, insistera encore, pour

---

1. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 104-105. — *Traité*, t. I, p. 18-19 (n° 7). — *Transformations dr. privé*, p. 187. — *Transformations dr. privé*, p. 43.

2. L. DUGUIT, *Transformations dr. privé*, p. 187.

3. L. DUGUIT, *Transformations dr. privé*, p. 187.

4. DUGUIT ajoute, pour achever de répondre à l'objection, telle que la lui soumettait MICHOUD (voy. plus haut, p. 266, note 4 [n° **133**]) : « Quand une pierre tombe du haut d'une tour, je dis qu'elle obéit obligatoirement à la loi de la chute des corps ; en disant cela, je ne formule pas, je suppose, une proposition d'ordre transcendantal; je n'en formule pas davantage quand je dis que l'homme doit obligatoirement obéir à la loi de l'interdépendance sociale » (*Transformations dr. privé*, p. 187-188). — On saisit aisément, ici, l'équivoque, dont reste victime la pensée de DUGUIT ; elle réside dans un sens différent successivement attribué au mot « obligatoirement ». Si, en disant « l'homme

soustraire la règle de droit à la tare métaphysique : « Sentiment ou notion intellectuelle d'une règle sociale, qu'on ne s'y trompe pas, ce n'est ni un sentiment ni une notion d'ordre métaphysique. Cette règle sociale telle que l'aperçoit l'homme moderne n'est point en effet transcendante à la société; elle est immanente pour parler le langage des philosophes. Elle est un élément même de cette société, ou plutôt elle est la société elle-même. L'homme est subordonné à cette règle, non pas parce qu'elle crée un devoir supérieur, mais seulement parce que, en fait, il vit dans la société, ne peut vivre que là et par suite se trouve nécessairement encadré dans la discipline sociale »[1]. Qui ne voit que tous ces développements impliquent, du moins, l'obligation, pour l'homme, de continuer à vivre conformément à sa nature d'être social, et que cette obligation, considérée comme devant être ramenée à effet par le moyen de forces conscientes et volontaires, ne saurait tomber sous la prise de l'expérience, bref qu'elle n'est pas l'objet d'une constatation directe[2].

Que dirons-nous de la notion de devoir, — se transformant en fonction sociale, — par laquelle DUGUIT prétend remplacer la notion de droit subjectif? Cette conception a beau être empruntée à Auguste COMTE, ou, du moins,

---

doit obligatoirement obéir à la loi de l'interdépendance sociale », vous entendez indiquer une nécessité de fait, qui se produira fatalement et indépendamment de tout précepte, vous pouvez l'affirmer comme vous affirmez la loi de la chute des corps, sans faire appel à l'ordre métaphysique. Mais le problème du droit tend à déterminer une norme que l'on impose à la volonté des hommes, comme *légitime* et en dehors d'une nécessité physique, supposée non existante (Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nos **14-16**, p. 43-52). La reconnaissance de cette *légitimité*, conduisant pratiquement au maintien de la règle *dans l'avenir*, dépasse évidemment le domaine de la constatation expérimentale.

1. L. DUGUIT, *Transformations dr. public*, p. 76.

2. Comp. H. HAYEM, *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, thèse de doctorat. Droit, Dijon, 1909-1910, p. 428-429.

appuyée de sa haute autorité [1]. Elle n'en reste pas moins une notion strictement métaphysique, attendu que rien, dans la nature soumise à notre observation, et si nous nous refusons à excéder celle-ci, ne saurait nous révéler un véritable *devoir faire.* — Et encore, quand Duguit, suivant, sans trop s'en défendre, les traces de Guizot et de Royer-Collard [2], ou, plutôt même, faisant appel à l'ascendant de M. Clemenceau [3], proclame, en définitive, la supériorité de la raison et du droit sur l'inconsistance du suffrage universel, croit-on qu'il puisse justifier cette assertion, incontestablement audacieuse en face des idées régnantes [4], autrement que par une opinion « transpositive », un postulat dominant toute observation, comme il l'a lui-même, quelque jour, confessé [5]. — L'aveu devient plus précis et presque criant, lorsqu'il s'agit, pour Duguit, d'établir le principe de l'assistance sociale au profit des vieillards et des incurables, qu'il n'hésite pas à reconnaître comme s'imposant à l'heure actuelle : « ... La loi d'interdépendance à elle seule est ici impuissante. Il faut quelque chose de plus : il faut le sentiment de la pitié pour la souffrance humaine. Sentiment acquis, ou sentiment inné, peu importe, il est un des plus beaux apanages de l'homme civilisé au xxe siècle : il doit trouver place dans notre régime politique, qui doit saisir

---

1. Voy. notamment : L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 20 (n° 7). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 12-13. — *Transformations dr. privé*, p. 13-14, p. 29.
2. Voy. notamment : L. Duguit, *Traité*, I, p. 108 (n° 28). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 60-62. — *Transformations dr. public*, p. 16-17.
3. L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 31-32, p. 62. — *Transformations dr. public*, p. 35.
4. Ailleurs, il est vrai, L. Duguit a reconnu l'influence prépondérante de l'opinion publique, sur la création du droit, par voie législative. — *Transformations dr. public*, p. 77-79.
5. L. Duguit, *Le droit social*, 2e éd., Paris, 1911, p. 8-9. — Comp. *Traité*, t. I, p. 7 (n° 2).

le tout de l'homme »[1]. — Rien n'est plus vrai. Et, c'est bien parce qu'il a eu lui-même l'impression profonde de ce « tout de l'homme », manifestant des exigences qui dépassent les limites de l'expérience, qu'en dépit de ses dénégations, et nonobstant ses efforts trop visibles pour trouver dans la seule constatation des faits[2] le secret de l'ordre juridique, DUGUIT a parsemé toute son œuvre de notions métaphysiques, dont je n'ai pu donner que quelques exemples, qui se multiplieraient à l'infini, si l'on voulait l'étudier plus en détail, sous ce rapport.

Or, le défaut capital de cette métaphysique non avouée, latente et presque honteuse, c'est qu'elle ne peut aborder franchement les questions et n'arrive pas à convaincre l'esprit, parce qu'elle contredit le principe même dont elle prétend partir. — De plus, mélangée avec la prétention positiviste qui la domine, elle aboutit au flottement et à l'inconsistance. Ainsi, DUGUIT nous déclare que sa conception de la solidarité sociale, succédant à d'autres systèmes qui ont eu leur heure de vérité, est elle-même exposée à être plus tard détrônée et supplantée[3]. Mais, qui déter-

---

1. DUGUIT, *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 68. Rappr. p. 66-67. — Comp., sur la pitié, suprême source de morale : P. LOTI, *Un pèlerin d'Angkor, in fine,* cité par V. GIRAUD, dans *Revue des deux mondes*, n° du 1er janv. 1914, sixième période, t. XIX, p. 164-165.

2. C'est ainsi, par exemple, que DUGUIT nous représente la règle de droit comme n'étant qu'une « discipline de fait ». Voy. notamment : *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 59. — *Transformations droit public*, p. 80. — Si elle n'était que cela, elle ne saurait mériter le nom de règle, ni répondre à son but. Aussi notre auteur ajoute-t-il, au risque d'introduire un élément contradictoire dans sa notion : « que l'interdépendance sociale impose à tous les membres du groupe »; *locc. citt.* Voy. encore *Transformations dr. public*, p. 76 et *Transformations dr. privé*, p. 29 : « Mais par cela seul qu'il est membre d'une société, il est dans l'*obligation de fait* d'accomplir une certaine fonction sociale ».

3. Voy. notamment : L. DUGUIT, *Transformations dr. privé*, p. 6-7. — *Transformations dr. public*, Introduction, p. x et, surtout, p. 281. — *L'État, le droit objectif*, p. 428. — *Adde : Traité*, t. I, p. 18 (n° 7), p. 108-109 (n° 28). — *Le droit social*, 2e éd., 1911, p. 10, p. 62. — *Transformations dr. privé*, p. 23-24, p. 185-186.

minera le moment et la mesure de ces changements appelés à bouleverser tout l'horizon juridique? Toute la tradition de l'humanité ne nous montre-t-elle pas comme un fonds fixe de vérités sociales, auquel notre raison se puisse prendre en pleine confiance? Et, voit-on tous nos préceptes juridiques disparaître successivement, les uns après les autres? Ne faut-il pas, du moins, maintenir, comme essentiel et supérieur à toutes les contingences, le principe même de la règle de droit, dont le contenu seul serait sujet à la variation indéfinie? DUGUIT semble bien l'admettre, quand il nous présente la règle de droit comme immuable dans son principe, variable dans ses applications[1], affirmant ainsi la permanence nécessaire du droit objectif lui-même. Mais, ce faisant, il trahit, une fois de plus, le point de vue strictement positiviste, et confesse l'existence d'un élément supérieur à la mouvance des phénomènes.

Ce qui manque donc à l'œuvre de DUGUIT, ce n'est pas précisément une métaphysique, mais plutôt, seulement, la pleine conscience et l'aveu sincère de sa métaphysique. Il n'est pas possible qu'un esprit, aussi vigoureux et aussi perspicace, n'aperçoive pas le trou béant, qu'offre son système, pour ce *passage de l'indicatif à l'impératif*, qui reste le nœud essentiel de tout droit comme de toute morale[2]. Jusqu'ici pourtant, il n'a trouvé que des échappatoires à l'objection[3]. Le jour où il consentirait à l'envisager en face, nous ne doutons pas que son système en conquît une force et une ampleur nouvelles[4].

---

1. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif*, p. 98-100, p. 149-152, p. 615. — *Traité*, t. I, p. 18 (n° 7).

2. C'est ce qu'a bien montré H. POINCARÉ (*La morale et la science*), dans *Dernières pensées*. Paris, 1913, p. 225-228; comp. 244-247.

3. Voy. ci-dessus, p. 262-263 (n° **132**), p. 265-270 (n° **133**).

4. Comp. Fr. GENY, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, nouvelle série, t. XXX, p. 509-510. — Et, sur tout cela, voy. aussi : G. PLATON, *Pour le droit naturel*, Paris, 1911, p. 90-125.

Quant à nous, nous conclurons, de cet examen critique, que le système de DUGUIT apporte un concours précieux à l'élaboration scientifique du droit positif par son affirmation énergique de la règle de droit, qu'il nous fournit des vues fécondes dans les développements qu'il a su lui donner, mais que toute sa construction manque d'un fondement métaphysique ouvertement reconnu, qu'il nous faut demander à d'autres aspirations.

CHAPITRE HUITIÈME (XIII)

LA CONCEPTION CLASSIQUE DU DROIT NATUREL A L'EPOQUE CONTEMPORAINE

SOMMAIRE : **134**. Conception classique du droit naturel. Comment elle se présente aujourd'hui. — **135**. Précision de notre objectif en ce chapitre.

SECTION I

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE BOISTEL

136. Principes généraux de la philosophie du droit d'après BOISTEL. — **137**. Le droit individuel. — **138**. Le droit social et de famille. — **139**. Le droit public par la société civile et l'État. — **140**. Mérites et défauts de la philosophie du droit de BOISTEL.

SECTION II

LE DROIT NATUREL, PARTIE DE LA PHILOSOPHIE MORALE, D'APRÈS V. CATHREIN.

141. Traits généraux de l'œuvre de philosophie morale du R. P. V. CATHREIN. Place qu'y tient la doctrine du droit. — **142**. Théorie générale de la morale d'après V. CATHREIN.

I. — **143**. Importance de la doctrine générale du droit. Sa méthode. — **144**. La notion de la justice. Concept, but et caractères essentiels du droit. — **145**. Les sources fondamentales du droit. Systèmes modernes à ce sujet. Leur insuffisance. — **146**. Précision de la notion du droit naturel. Sa portée. Ses rapports avec la philosophie du droit. — **147**. Justification philosophique du droit naturel. Sa confirmation par la doctrine catholique. — **148**. Exposé et discussion des principales objections formulées contre le droit naturel. — **149**. Rapport du droit avec la morale. Résumé de la doctrine générale du droit de CATHREIN.

II. — **150**. Applications faites par CATHREIN de sa doctrine de droit

134. — En face des tentatives d'élaboration scientifique du droit, qui viennent d'être esquissées (chapitres troisième à septième [VIII-XII]), et qui toutes se rencontrent dans une commune aversion pour la conception classique du droit naturel, celle-ci n'a pas disparu du champ de l'investigation juridique. Assurément, l'on ne peut dire que son prestige ancien se soit intégralement maintenu dans l'ensemble des esprits contemporains. Mais elle a conservé ses fidèles, qui, sous l'influence des oppositions formulées contre leur idéal, s'ils n'ont pu éviter de réduire quelque peu les prétentions jadis émises au nom de celui-ci, ont su, du moins, défendre la position essentielle qu'il occupe, et l'ont même renforcée, en résistant de plus près aux attaques acharnées qu'on dirigeait contre elle.

En la prenant dans son minimum de compréhension, — comme il convient de le faire pour n'en pas excéder la portée, — la conception classique du droit naturel m'apparaît celle d'un droit[1], *ayant sa base dans la nature des choses*, — telle qu'elle nous est donnée comme enveloppant la vie totale de l'humanité (nature physique, psychologique, morale, religieuse, économique, politique, sociale),

1. Sur la notion générale de droit, voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52; comp. n[os] **13-15**, p. 42-47.

— et *susceptible d'être dégagé par la raison* placée en face de l'énigme du monde. — Pareil droit ne consiste pas seulement dans l'idée que nous nous en faisons ; il a une véritable réalité. Il est même objectif, en ce sens que ses conditions se rencontrent en dehors de l'esprit qui le conçoit. Et, si on le qualifie parfois d'idéal, ce n'est que pour signifier qu'il sert de type nécessaire à la législation positive [1]. — Par ailleurs, le droit naturel implique, dans son essence une et simple, un substratum universel et immuable, sans lequel toute possibilité de lui maintenir une individualité ferme s'évanouirait. Ce qui ne saurait empêcher, pour sa mise en œuvre et son évolution, toutes les variations, que comporte la diversité des conditions humaines, suivant les temps, les pays et les mille circonstances qui encadrent la vie sociale [2].

Le concept — ainsi réduit à ses éléments essentiels — plonge, par des racines si profondes, dans notre mentalité juridique, qu'il reparaît, en dépit de toutes les dénégations et de tous les efforts, chez les esprits, qui s'en croient le plus sincèrement détachés [3]. A vrai dire, il semble bien indispensable au progrès de la jurisprudence positive ; et l'on comprend mal un développement conscient de celle-ci, qui ferait fi des conditions objectives de sa constitution ou qui se passât de la raison pour les interpréter [4].

---

1. Sur la notion exacte de *droit idéal*, comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 52-54 ; voy., notamment, p. 53, note 2 (nº **17**).

2. Pour compléter ces indications sommaires, voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, nºs **159-163**, p. 468-491.

3. Comp. K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, Leipzig, 1892. Erste Abhandlung : Das Naturrecht der Gegenwart, Erster und zweiter Abschnitt, p. 148-351. — E. I. Bekker, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A. 1885, t. VI, p. 87-88. - Et, voy. ce qui a été dit plus haut, au sujet de L. Duguit : p. 252-253 (nº **130**), p. 265-271 (nº **133**). — *Adde :* A. Boistel (*Le Code civil et la philosophie du droit*). dans : *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 49-50.

4. Comp. A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899,

Ce qu'on doit reconnaître, seulement, c'est que la notion, quelque peu intransigeante et excessive, du droit naturel, telle qu'elle s'était fixée aux XVIIe et XVIIIe siècles, et qu'elle régnait encore au début du XIXe, n'est pas sans avoir éprouvé une transformation profonde et reçu des colorations nouvelles par le contact des idées ou l'infiltration des tendances, qui entraient en lutte avec elle [1]. — Cette observation suffit à expliquer les variétés, que présentent les œuvres produites, si nombreuses encore, depuis le milieu du XIXe siècle, dans les pays latins ou germaniques, Italie [2], France [3], Espagne [4], Belgique [5], Alle-

---

t. I, préface, p. IX et p. 17. — Voy. aussi M. DESLANDRES (*Etude sur le fondement de la loi*), dans *Revue du droit public*, 1908, t. XXV, p. 6-10, p. 29-31, p. 35-37.

1. Cons. G. DE MONTEMAYOR, *Storia del diritto naturale*, Remo, Sandron ed., 1912.

2. Voy. notamment : L. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, Napoli, 1850 et beaucoup d'éditions italiennes ultérieures; trad. franç. sous le titre : *Essai théorique de droit naturel basé sur les faits*, 2e éd., Paris, Leipzig, Tournai, 1875. — A. ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1861 et éd. ultérieures, Intra. — M. LIBERATORE, *Institutiones ethicæ et juris naturæ*, 9e éd., Prato, 1887, Napoli, 1899. — Diodato LIOY, *Della filosofia del dirrito*, 3e éd., Firenze, 1887-1888; trad. franç. par L. DURAND : *La philosophie du droit*, Paris, 1887.

3. Voy. notamment : J. E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, Paris, 3 éditions de 1831 à 1853. — Th. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, Paris, 5 éditions de 1833-1842 à 1876. — W. BELIME, *Philosophie du droit* (ou Cours d'introduction à la science du droit), Paris, 4 éditions de 1843-1848 à 1881. — J. OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*, Paris, 1846. — *Conscience et science du devoir*, Paris, 1856. — A. FRANCK, *Philosophie du droit ecclésiastique*. Des rapports de la religion et de l'État, Paris, 2 éditions, 1864 et 1885. — *Philosophie du droit pénal*, Paris, 3 éditions de 1864 à 1888. — *Philosophie du droit civil*, Paris, 1886. — Ch. RENOUVIER, *Science de la morale*, Paris, 2 éditions, 1869 et 1908. — A. BOISTEL, *Cours élémentaire de droit naturel*, Paris, 1870. — *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899. — T. ROTHE, *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, Paris, 1885-1904. — E. BEAUSSIRE, *Les principes du droit*, Paris, 1888. — Comte de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris,

(4-5) *Voir page suivante.*

magne[1], sous le drapeau franchement déployé du droit naturel. Entre ces variétés, certaines tranchent tellement sur l'ensemble, qu'on est parfois tenté d'y découvrir des échecs partiels à la doctrine elle-même. Celle-ci, pourtant, demeure reconnaissable, en dépit des désaccords qui semblent en rompre l'harmonie, par la fidélité, qu'elle manifeste, aux directions fondamentales de la philosophie traditionnelle (*philosophia perennis*)[2], dont elle continue à former une partie intégrante, comme le membre inséparable d'un organisme, qui résiste avec lui à tous les souffles adverses[3].

135. — Ici, encore moins qu'ailleurs, je pourrais songer à entrer dans la description des nombreuses nuances du système général, que, seul, il nous importe d'envisager. — La plupart des auteurs, qui prétendent exposer le droit

---

1889. — Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1891. — E. Pinard, *La philosophie du droit*, Paris et Lyon, 1908-1913.

4. Voy., entre beaucoup d'autres : D. Rafael Rodriguez de Cepeda, *Elementos de derecho natural*, Valencia, 1887-1888; 3e éd., 1893. — Mendive, s. j., *Elementos de derecho natural*, Valladolid, 1887. — L. Mendizabal, *Elementos de derecho natural*, 1897. — Vadillo (M. del), *Lecciones de derecho natural*, Madrid, 1898. — Fidel Quintana, s. j., *Resumen de las explicaciones de derecho natural*, 2e éd., Bilbao, 1910.

5. Voy., par exemple : Mxxx Bxxx (de Lehen), *Institutes de droit naturel*, 1866. – Namur, *Cours d'encyclopédie du droit*, Bruxelles, 1875. — M. de Baets, *Les bases de la morale et du droit*, Paris et Gand, 1892. — A. Castelein, s. j., *Droit naturel*, Paris, Namur et Fribourg-en-Brisgau, 1903.

1. Voy. notamment : F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Heidelberg, nombreuses éditions de 1829-1838 à 1870. — A. Trendelenburg, *Naturrecht, auf dem Grunde der Ethik*, 2 A., Leipzig, 1868. — H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, Leipzig, 8 éditions de 1837-1839 à 1892. — Th. Meyer, *Institutiones juris naturalis*, Frib. Brisg., 1900. — V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., Freiburg-i.-B., 1904. — *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2 A., Freiburg-i.-B., 1909.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 73-74 (no **24**).

3. L'importance, attachée par l'Église catholique à la conception tra-

naturel, noient leurs développements, proprement juridiques, dans une gangue de morale générale infiniment compréhensive et souvent inconsistante[1]. Cette manière de faire aboutit à présenter un *complexus* singulier de règles de conduite, tant individuelle que sociale, parmi lesquelles nous n'avons à retenir que celles, qui se rattachent indubitablement à la notion de droit positif, telle qu'elle a été précédemment fixée[2]. Plus précisément encore, suivant le but propre de cette partie de notre travail, nous devons simplement rechercher, en ces développements, la contribution, qu'ils prétendraient apporter au discernement des données objectives du droit positif[3]. — Même en suivant exactement cette double précision, nous resterions débordés, à vouloir résumer, à cette place, le plus grand nombre des opinions proposées dans les lignes classiques du droit naturel. Et, d'autre part, je n'oserais me risquer à construire, de toutes pièces, un système synthétique, qui déformerait l'originalité des conceptions individuelles et pourrait fausser la réalité même de la doctrine dont elles sont inégalement pénétrées.

A l'image de ce que j'ai fait dans les chapitres précé-

---

ditionnelle du droit naturel, ressort bien de la lettre adressée, au nom de S.S. le pape Pie X, par le cardinal Merry del Val, au comte de Mun, en réponse à celle envoyée au Saint-Père, à l'occasion de la fête de Noël 1910, par le Comité de l'œuvre des cercles catholiques d'ouvriers. Dans la lettre du cardinal Merry del Val, datée de janvier 1911, je relève notamment, comme particulièrement significatif, le passage suivant : « Ne voit-on pas enfin, ce qui est le pire, un droit naturel, soi-disant catholique, chercher à se fonder, non plus sur les principes éternels gravés au fond de la conscience, mais sur les contingences dont s'occupent l'expérience et l'histoire! »

1. Ce mélange apparaît notamment dans les ouvrages de Th. Jouffroy, T. Rothe, Th. Meyer, signalés ci-dessus (p. 276, note 3, p. 277, note 1), bien que spécialement consacrés d'après leur titre au droit naturel.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nos **16-18**, p. 47-48; comp. nos **14-15** (p. 43-47), et p. 63 (n° **20**).

3. Voy. ci-dessus, n° **68**, p. 1-2. *Adde :* nos **69-71**, p. 3-20.

dents (chapitres troisième à septième [VIII-XII]), — mais avec une limitation de choix proportionnée à la multiplicité et à la complexité des points de vue particuliers ici présentés, — je m'en tiendrai à l'exposé de types représentatifs, élus parmi les auteurs les plus récents et qui aient traduit la conception classique du droit naturel de la façon la plus acceptable, du point de vue des idées modernes. A cet égard, d'ailleurs, et puisqu'il faut une décision tranchée, deux noms me paraissent suffire ici à mon but : A. Boistel, dont l'œuvre de philosophie du droit, — toute pénétrée d'esprit latin, et visant un idéal aussi élevé qu'indépendant, — injustement laissée dans l'ombre, à cause sans doute d'une certaine naïveté de concepts et d'une indéniable lourdeur d'exposition, qui pourtant n'en atteignent pas l'intérêt essentiel, mérite, à mes yeux, d'être prise en sérieuse considération, pour la sûreté de sa marche et l'ampleur de ses conclusions ; V. Cathrein, s. j., qui, — familier avec la pensée germanique et sachant la pénétrer d'un regard ferme, — nous présente un système de droit naturel, fortement encadré dans la philosophie et la théologie catholiques, adapté en même temps aux exigences sociales de l'heure présente, et placé, par les esprits indépendants[1], au premier rang des travaux capables de faire sentir au mieux l'énergie permanente des conceptions traditionnelles.

Ces deux auteurs, — comme, au surplus, tous ceux qu'on peut considérer qu'ils représentent, — bien que marchant par des chemins divers et parfois formulant des solutions divergentes, — ont pris comme base de leurs recherches de droit naturel la conception du monde, demeurée courante au milieu des paradoxes les plus osés de la pensée moderne, et précisée encore par les principes qui dominent la civilisation chrétienne[2]. Ils l'interprètent,

---

1. Voy., par exemple : G. Platon, *Pour le droit naturel*, Paris, 1911, p. 121-122.

2. Cons. notamment : V. Cathrein, *Die katholische Weltanschauung*

d'ailleurs, avec un rationalisme confiant, en ce sens, du moins, qu'ils reconnaissent à l'intelligence humaine (sauf l'appoint éventuel de forces complémentaires) les facultés suffisantes pour découvrir, sous les réalités qui s'offrent à elle, les règles aptes à diriger la conduite des hommes dans la vie sociale. — Grâce à cette communauté générale de vues et de méthode, la doctrine de nos auteurs pourra être l'objet d'un jugement de quelque généralité, à côté de l'appréciation particulière à chacun d'eux. — Il reste bien entendu, d'ailleurs, que je ne retiens ici de leur œuvre que ce qui concerne spécialement notre objectif actuel, suivant les précisions fixées plus haut[1].

SECTION I

LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE BOISTEL.

136. — Envisageons, tout d'abord, de ce point de vue, l'œuvre philosophique d'A. Boistel[2], en recherchant, d'après le *Cours de philosophie du droit*, qui représente le résultat essentiel de ses efforts en la matière, ce qu'il nous offre de données objectives, d'ordre rationnel, qui puissent servir d'appui à une forte édification du droit positif.

Comme philosophe du droit, A. Boistel déclare nette-

---

in ihren Grundlinien mit besonderer Berücksichtigung der Moral. 2 A., Freiburg-i.-B., 1909. — Comp. A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, Appendice : Métaphysique. Principes nécessaires à l'étude de la philosophie du droit, p. 425-450 ; t. I, p. 7-8.

1. Voy. plus haut : p. 278, texte et notes 2 3 (nº **135**).

2. A. Boistel, *Cours de philosophie du droit* professé à la Faculté de droit de Paris, 2 vol., Paris, 1899. — *Adde : Cours de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, Paris, 1870 (qui peut être regardé comme une première édition [abrégée] du précédent ouvrage). — *Le droit dans la famille, études de droit rationnel et de droit positif*, Paris, 1864 (thèse de doctorat en droit). — *Etudes de droit maritime*, dans *Revue générale du droit*, 1879, t. III, p. 161-186 (à propos de : A. de Courcy, *Questions de droit maritime*, Paris, 1877). — *Le Code civil et la philosophie du droit*, dans : *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 47-70.

ment se rattacher à ROSMINI[1]. D'autre part, il encadre son système juridique dans une théorie des idées générales, qu'il résume sous le nom de métaphysique, et où il n'est pas malaisé de découvrir les inspirations principales de PLATON et de MALEBRANCHE[2].

Désireux d'assurer sa route en vue de son objectif propre, il commence par préciser la notion du droit considéré sous l'angle de la philosophie générale[3]. L'élément spécifique du droit est le juste, qu'il ne faut pas confondre avec ce que recommandent les postulats contingents de l'utilité, de la convenance, de l'opportunité[4]. — La science du juste n'étant elle-même qu'une branche dérivée de la morale[5], il faut, avant tout, par l'étude de la loi, spécialement de la loi morale, fixer la notion du devoir, c'est-à-dire de l'obligation morale[6]. Or, celle-ci, — réserve faite des sanctions variables qu'elle comporte[7], — n'est autre chose

1. A. BOISTEL, *Cours de droit naturel*, Paris, 1870, p. 28-29, p. 88, p. 115, p. 130, p. 137, p. 138, p. 141, p. 143, p. 178, p. 257, p. 358, p. 376, p. 417, p. 438. — *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I. Préface, p. X-XII et *passim*, dans tout l'ouvrage, notamment : t. I, p. 27, p. 63, p. 91, note 5, p. 151-152, p. 152, note 9, p. 154, texte et note 5, p. 156, p. 159, note 1, p. 160, p. 164, p. 175, texte et note 1, p. 177, p. 179, texte et note 1, p. 240, p. 249, note 2, p. 306, p. 368, note 1, p. 392, p. 447, p. 456, p. 457, texte et note 4, p. 459, texte et note 2, p. 460, notes 4 et 5, p. 499, texte et note 2; t. II, p. 17, note 3, p. 98, p. 104, note 1, p. 106, p. 119, note 1, p. 132, p. 149, p. 155, p. 170-171, p. 213, p. 253, texte et note 2, p. 371, note 7, p. 376, texte et note 1, p. 380, texte et note 1, p. 386, texte et note 5, p. 394, texte et note 1. — *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 60.

2. Voy. notamment : A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, Appendice intitulé : Métaphysique. Principes nécessaires à l'étude de la philosophie du droit, p. 425-450.

3. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, Introduction et Livre I, titres I-II, p. 1-70 (n°s 1-39). — Comp. *Droit naturel*, p. 1-67.

4. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 1-13 (n°s 1-8).

5. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 14-15 (n° 10), p. 47 (n° 30). — *Droit naturel*, 1870, p. 56.

6. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 22-23 (n° 14). — *Droit naturel*, 1870, p. 46-47.

7. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 34-42 (n°s 23-26). — *Droit naturel*, 1870, p. 45-46, p. 50-54.

qu'une *nécessité* HYPOTHÉTIQUE *ou* LOGIQUE *de conformer nos actes aux notions qui sont dans notre intelligence si nous ne voulons pas établir la contradiction en nous*[1]. Par suite, le devoir essentiel est de diriger notre activité libre suivant les données de la raison et conformément aux exigences de l'ordre qu'elle perçoit, en distinguant d'après les rapports normaux entre nos diverses facultés ou les différents êtres tels que la raison nous les fait connaître[2]. — Parmi les devoirs, d'ordres divers, qui seront ainsi spécifiés, le droit n'assurera sa sanction, normalement caractérisée par la possibilité d'une contrainte extérieure, ni aux devoirs envers Dieu, ni aux devoirs de l'homme envers lui-même, non pas même à tous ses devoirs envers ses semblables, mais seulement à ceux de ces derniers, qui, consistant à ne pas gêner les autres dans leur tendance à leurs fins, à ne pas faire de mal à autrui, méritent d'être opposés aux devoirs de charité (consistant à aider les autres à suivre leurs fins ou à faire du bien à autrui), sous le nom de devoirs de justice[3].

Ces préliminaires établis, il importe surtout de dégager le principe moral, qui réside à la base du droit [objectif] et justifie le maintien, même par la contrainte matérielle, des droits [subjectifs][4]. Or, ce principe se rencontre dans *l'inviolabilité de la personne humaine*[5], si l'on entend par personne le *pouvoir de direction*, qui, appartenant à l'homme et s'exerçant sur sa *nature*, équivaut à la liberté,

---

1. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, p. 33 (n° 22). *Adde* : p. 22-34 (n°s 14-22). Comp. p. 44-46 (n°s 28-29). — *Droit naturel*, 1870, p. 47-50. Comp. p. 35-46.

2. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 42-44 (n° 27).

3. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 47-70 (n°s 30-39). Comp. p. 84-85 (n° 48). — *Droit naturel*, 1870, p. 55-67. Comp. p. 77-78.

4. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 71-72 (n° 40).

5. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 72-73 (n° 41). — *Droit naturel*, 1870, p. 68.

dans le sens élevé et vraiment réaliste de ce mot[1]. En effet, les diverses personnalités s'entre-choquant dans les activités égales, où se développent leurs facultés et leurs puissances, chacune d'elles doit respecter les autres[2]. De là naît, au profit de celles-ci, la faculté d'employer, au besoin, la force pour repousser tout obstacle à la poursuite de leur fin. Et le devoir juridique, correspondant à ce droit, se résume en la formule : *on ne doit pas faire un mal immérité à une personne humaine*[3].

En sens inverse, le droit [subjectif] se ramène essentiellement à *une activité personnelle, utile et licite, protégée par la loi morale, qui ordonne aux autres hommes de la respecter et autorise l'emploi de la force pour les y contraindre*[4]. — Pareille activité semble pouvoir être contenue tout entière dans les notions largement entendues de liberté et de propriété; l'une représente comme le principe général de l'acquisition ou de l'exercice des droits particuliers; l'autre en offre la réalisation par l'établissement d'un triple lien, physique, intellectuel et moral, entre la personne et l'objet qu'elle affecte à la satisfaction de ses besoins; ensemble, elles constituent les deux sources, d'où surgiront, sous des titres ou modes d'acquisition variés, et avec leur consistance concrète, tous les droits quelconques, limités seulement, dans leur expansion, par les exigences supérieures de la licéité morale et de l'utilité, tant individuelle que sociale, et, pour le surplus, en

---

1. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 73-81 (nos 42-45). — *Droit naturel*, 1870, p. 68-74.

2. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 81-83 (nos 46-47). — *Droit naturel*, 1870, p. 74-76.

3. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 83-84 (no 47). *Adde :* p. 84-85 (nos 48-49). — *Droit naturel*, 1870, p. 76-77. *Adde :* p. 77-78. — Et, voy., pour un exposé critique des systèmes différents, sur le principe du droit : *Philosophie du droit*, 1899, t. I, livre I, titre III, chap. II, nos 50-78, p. 86-150. *Droit naturel*, 1870, p. 88-129.

4. A. Boistel, *Droit naturel*, 1870, p. 82. — *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 71 (no 40), p. 151 (no 79).

vertu d'une sorte d'impénétrabilité réciproque, absolument inviolables, chacun en sa sphère, parfois même, grâce à une simple apparence, qui, provisoirement, les garantit contre toute attaque (droits relatifs, apparents ou crus)[1].

137. — Sur la base de ces principes, qui représentent tout l'essentiel du système, il ne s'agit plus que de reconnaître les droits [subjectifs] concrets, auxquels donne lieu l'expansion de l'activité humaine, avec les mutations ou modifications qu'ils peuvent subir[2].

Mis à part ce qui concerne le droit public et le droit pénal, que BOISTEL fait d'ailleurs entrer dans son cadre général[3], mais que les visées capitales du présent travail[4] nous permettent de laisser ici à l'arrière-plan, — les droits proprement privés, que notre auteur envisage d'abord sous le point de vue individuel, sont analysés et présentés par lui corrélativement à leurs modes d'acquisition originaires[5] : d'une part, comme droits purement internes[6], les uns innés (droits relatifs à la personne même et à la nature immatérielle ou corporelle de l'homme), qui appar-

---

1. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, livre I, titre IV, nos 79-94, p. 151-184; comp. p. 205-206 (n° 106); t. II, p. 160 (n° 383) [résumé]; p. 170-172 (n° 390); p. 173 (n° 391); p. 177 (n° 393); p. 179 et 180 (n° 395). — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 78-88, p. 130-147, p. 346-347, p. 440.

2. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 185-186 (n° 95). — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 149-150.

3. Le droit pénal est rattaché, comme « droit de prévention », à l'altération des droits individuels par un fait coupable ayant produit une lésion. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, t. I, 1899, nos 285-299, p. 468-499; comp. nos 280-281, p. 457-461. *Droit naturel*, 1870, p. 358-359. Voy. ci-après, p. 287, note 2 (n° **137**). — Quant au droit public, qui se résume, pour BOISTEL, dans la théorie de la Société civile (*hoc sensu*), voy. ci-après, n° **139**, p. 290-291.

4. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 18-19 (n° **6**).

5. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 187 (n° 96). — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 152.

6. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n° 97, p. 188-189. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 152-154.

tiennent à l'enfant dès sa conception et subsistent en dépit de l'altération des facultés mentales du sujet[1], les autres acquis (libertés publiques, droits à la vie, à l'intégrité corporelle, à la sécurité, à l'honneur, au nom, à l'état civil, à la véracité d'autrui, aux secrets, aux productions de l'esprit), qu'on trouve consacrés, sous forme positive, et avec des limites contre leurs abus, soit dans nos déclarations des droits, soit en divers textes de notre législation écrite[2], tous pouvant se rattacher au développement de la liberté ou de la propriété de l'individu sur lui-même (propriété interne)[3]; d'autre part, comme droits de l'homme hors de lui, soit sur les choses (propriété proprement dite ou externe)[4], soit sur les personnes (droits de puissance et d'autorité)[5], qui, plus nettement encore, se conçoivent inclus en la notion large de propriété[6].

La transmission de ces droits — par le moyen de laquelle s'explique la reconnaissance du droit de créance en face du droit réel[7] — se ramène toujours, suivant

1. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 98-100, p. 189-198. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 154-163.

2. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 101-155, p. 198-274. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 163-204. — Suivant Boistel, le droit naturel prohibe absolument l'esclavage ; il tolère le servage, sous réserve des droits de la postérité du serf. *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 231-232 (n° 127).

3. Voy. notamment : A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, p. 188-189 (n°s 97-98) et p. 237-238 (n° 130). — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 152-154, p. 176, p. 204.

4. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, n°s 156-213, p. 275-364. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 231-285. — La propriété des choses extérieures est définie par A. Boistel : « *le droit exclusif d'employer une chose pour l'obtention de nos fins, en respectant le droit des autres* ». *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 352 (n° 205).

5. A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, n°s 214-232, p. 364-385. — *Droit naturel*, 1870, p. 204-231.

6. Voy. notamment : A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 275 (n° 156); p. 364 (n° 214) ; t. II, p. 160 (n° 383).

7. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, livre II, titre II, préambule et chap. i, n°s 233-241, t. I, p. 386-398. — *Droit naturel*,

l'idée placée, par A. Boistel, à la base de toute création de droits [1], à l'*occupation*, précédée ici d'un abandon volontaire ou présumé du titulaire antérieur [2]. Cette conception, largement généralisée, et complétée parfois de quelques éléments secondaires, lui permet de justifier la prescription en ses diverses applications [3], le contrat translatif de propriété ou productif d'obligations [4], voire même le testament, dont le résultat essentiel s'analyse en un dessaisissement, consenti par le *de cujus*, suivi d'une prise de possession volontaire ou acceptation du légataire [5].

Sans changer de sujet actif, les droits [subjectifs] peuvent subir des altérations, qui engagent la responsabilité d'autrui, sous forme d'obligation [6], soit, en dehors de tout fait coupable, quand, en raison des circonstances, l'inaction d'une personne causerait préjudice à une autre, comme dans les hypothèses d'enrichissement indû [7], soit, à plus forte raison, en cas de lésion de droits résultant d'une faute, voire d'un simple fait qui occasionne un dom-

---

p. 287-296. — L'obligation est définie par Boistel : « *un DEVOIR JURIDIQUE POSITIF, qui nous est imposé lorsqu'une autre personne a droit à un certain exercice de notre activité en sa faveur* ».

1. Voy. notamment : A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, n° 86, p. 162-163 ; n° 146, p. 255-257 ; n°s 156-177, p. 275-311 ; n°s 199-204, p. 345-351 ; n°s 216-222, p. 365-373 ; n°s 224-228, p. 374-380 ; n° 231, p. 384 ; t. II, n°s 429-432, p. 246-255 ; n° 477, p. 345-348. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 74, p. 131-145, p. 153-154, p. 181, p. 220-230, p. 233-256, p. 270-277, p. 448-450.

2. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 242-243, t. I, p. 398-401. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 297-299, p. 299-301.

3. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 244-251, t. I, p. 401-414. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 301-310.

4. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, n°s 252-255, p. 415-420. *Adde* : n°s 256-265, p. 421-436. — *Droit naturel*, p. 311-321 et p. 321-327.

5. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 266-274, t. I, p. 436-450. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 327-336.

6. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n° 275, t. I, p. 451-452. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 339-340.

7. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 276-278, t. I, p. 452-456. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 340-343.

mage, en présence duquel l'inaction persistante du délinquant continuerait la violation commencée des droits de la victime[1]; indépendamment de la prévention indirecte, parfois justifiée, en vertu du droit général à la sécurité, et qui aboutit au droit de punir[2].

138. — Au milieu des droits individuels, vient s'insérer la notion de société, qui, engendrant le droit social, expliquera toutes les institutions, où les activités humaines apparaissent unies et comme fondues ensemble pour de nouvelles créations juridiques[3].

Aussi BOISTEL s'efforce-t-il de préciser, d'abord, à un point de vue général, cette notion de société[4]. A cet effet, il commence par dégager ses éléments essentiels, qu'il ramène à quatre : l'accord des volontés ou contrat ; — une collaboration active ; — l'emploi de moyens communs ; — la poursuite d'un but commun[5]. Puis, il en fait ressortir la vie juridique dans la personnalité morale, qui juxtapose aux personnes individuelles des associés une personne collective, issue d'eux-mêmes, mais comportant une organisation et un fonctionnement adaptés à sa fin propre[6]. En même temps, il observe que de tout cet

---

1. A. BOISTEL. *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 282-284, t. I, p. 461-467. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 343-362.

2. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 285-299, t. I, p. 468-499. Comp. p. 386 (no 233). — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 358-359, p. 452.

3. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 185-186 (no 95); t. II, no 300, p. 1-3. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 363-365.

4. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, no 301, t. II, p. 4. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 365.

5. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 302-313, t. II, p. 5-22. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 366-370.

6. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 314-329, t. II, p. 23-49. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 374-378. *Adde*, p. 378-379. — Notez la distinction, présentée par BOISTEL, entre les *sociétés* composées d'associés actuels, ayant tous consenti à concourir au but commun, et les *associations* ou *corporations*, dans lesquelles l'être

ensemble résultent des inégalités de droit, soit entre les associés par suite des positions différentes qu'ils peuvent occuper dans une même société, soit entre les diverses sortes de sociétés [1]. Et à sa théorie, qui lui paraît découler de la simple mais exacte analyse des réalités, il oppose la théorie organiciste, qui pousse jusqu'à la fiction absurde l'assimilation des sociétés aux organismes vivants [2].

Sur la notion de société, telle qu'il l'a ainsi présentée et développée, Boistel construit, avec ses prolongements moraux et pécuniaires, toute l'institution de la famille, divisée en deux branches principales [3]. — C'est, d'une part, la société conjugale (ou mariage), dont il détermine la formation, la durée, la personnalité morale, le gouvernement, les conséquences patrimoniales mêmes, d'après le but et les moyens communs, qui, s'ajoutant à la collaboration active qu'elle implique, en précisent la nature et en suggèrent les règles essentielles; d'où il déduit notamment l'indissolubilité du lien, sauf tolérance de fait possible en droit positif, la prépondérance et l'autorité du mari, les droits (en usufruit) du conjoint survivant sur les biens du prédécédé [4]. — C'est, d'autre part, la société paternelle (ou parentale), ou famille proprement dite, où la volonté des intéressés, dominée par une autorité justifiée suivant les principes généraux du droit naturel, inter-

---

moral englobe, à côté des membres actuels, des individus futurs. *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nº 316, t. II, p. 26-29.

1. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, p. 2-3 (nº 300); p. 43 (nº 326); nº 330, p. 49-50. Comp. p. 63 (nº 335). — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 370-374, p. 399.

2. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nºˢ 331-334, t. II, p. 51-62.

3. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, livre III, titre II, préambule, nº 335, t. II, p. 63-64. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 380-381. — *Adde : Le droit dans la famille, études de droit rationnel et de droit positif*, thèse de doctorat. Droit, Paris, 1864.

4. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, livre III, titre II, chap. I, nºˢ 336-352, t. II, p. 64-105. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 381-395.

vient moins immédiatement qu'en la précédente, dont la nature et les effets se précisent également par le bien commun qu'elle poursuit et les moyens communs de le réaliser, qui voit son gouvernement remis à la personne collective des père et mère, de telle sorte que leur double disparition vienne notablement relâcher, sans le rompre, le lien familial, et qui aboutit, sous le rapport pécuniaire, à une copropriété de famille, seul fondement rationnel, non seulement de l'obligation alimentaire entre parents, mais aussi de la succession *ab intestat*, logiquement déférée, par suite, en l'absence de descendants, suivant le principe des parentèles [1].

Il est clair, d'ailleurs, que ces deux sociétés (conjugale et parentale) n'absorbent pas les droits individuels des associés, dont la conciliation avec les droits sociaux demeure la principale difficulté de l'organisation de la famille [2]. — De plus, certains traits de cette organisation familiale se peuvent rencontrer en dehors des conditions de sa constitution pleinement régulière. Et, c'est ainsi que les droits des enfants naturels se détermineraient suivant l'image, notablement déformée d'ailleurs, de ceux des enfants légitimes [3].

---

1. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, livre III, titre II, chap. II, nos 353-375, t. II, p. 106-145. — Comp. *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 395-427, où se trouvent exposées des idées, en quelques points, différentes.

2. Voy. notamment : *a*) pour la société conjugale : A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, p. 71-73 (n° 339); p. 99-100 (n° 351); p. 103-104 (n° 352); *b*) pour la société parentale ou famille proprement dite : *ibid.*, t. II, p. 112-113 (n° 355); p. 117-118 (n° 359); p. 119-120 (n° 360); p. 121 (n° 362); p. 129-132 (n° 367); p. 132-134 (n° 368); p. 137 (n° 370). — Et, spécialement : *c*) quant à la liberté de tester : *ibid.*, appendice 1er au chap. II du titre II, du livre III, n° 376, t. II. p. 145 146; comp. p. 130 (n° 367). *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 425-426. — Rappr. encore comparaison de la famille et de la société civile : *Philosophie du droit*, nos 415-417, t. II, p. 215-222.

3. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, appendice 2e au chap. II du titre II, du livre III, n° 377, t. II, p. 146-148.

139. — C'est encore la notion de société, que l'on trouve à la base du droit public, sous la forme spécifique de la Société civile (*hoc sensu*), donnant naissance à l'État et nécessaire pour mettre en œuvre les droits individuels qui la dominent, dont elle est seulement chargée d'assurer la jouissance la plus étendue aux citoyens [1].

La Société civile, absolument distincte de la famille dont elle diffère par son but et par ses moyens [2], repose — en dépit du paradoxe, que semble impliquer cette association de mots, — sur un *consentement obligatoire* de la part de ceux qui la composent [3]. L'histoire elle-même nous enseigne que la formation des États a été le fait d'un certain nombre d'individus, constituant souvent une minorité, parfois même d'un seul chef entraînant les autres, de gré ou de force, par l'ascendant de son autorité et par la claire vue de l'intérêt de tous, dans une association générale [4].

Une fois formé, en vertu d'une sorte de cohésion naturelle, ce groupement présente les éléments essentiels de toute société : accord de volontés, en vue d'une collaboration active, tendant au bien commun, par des moyens communs [5]. Sa mission propre est de régler, de la meilleure façon possible, les modalités des droits, sans en pouvoir atteindre la substance [6]. Dans ce but, elle protégera tous les droits contre les agressions de la force, elle les recon-

---

1. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 378-382, t. II, p. 149-159. — *Droit naturel*, p. 428-431. Comp. 432-436, p. 443.
2. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 415-417, t. II, p. 215-222.
3. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 429-432, t. II, p. 246-255. Comp. nos 433-438, t. II, p. 255-271. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 443-449.
4. A. Boistel, *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 449-451. — *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, p. 251-252 (n° 431).
5. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 406-413, t. II, p. 199-212. Comp. nos 418-428, t. II, p. 223-246.
6. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, nos 401-405, t. II, p. 189-199. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 436-443, p. 450.

naîtra au milieu des prétentions rivales, elle fixera leurs limites au moyen de règles générales, elle établira le milieu le plus favorable à leur plein épanouissement[1].

La Société civile s'érige en État proprement dit, par la réunion de conditions territoriales, nationales, individuelles [2]. Elle a, comme toute société, une personnalité, limitée à sa sphère propre d'action, et qui l'investit de droits et de devoirs aussi importants que variés [3]. Son gouvernement s'établit suivant les principes d'autorité nécessaires en toute société et adaptés à la situation qu'elle doit régir [4], avec une organisation de pouvoir complexe et variable, dont le détail dépend plus de la politique que de la science [5].

140. — Tel est — en son ensemble et ses grandes lignes — le résultat de la philosophie du droit, développée par A. Boistel.

Or, dans toute cette pleine et cohérente systématisation, on ne peut manquer d'observer un effort, sincèrement poussé en vue de rattacher les règles positives de l'organisation juridique aux principes les plus généraux et les plus élevés, ceux au delà desquels il n'y a rien... que les profondeurs de la métaphysique [6]. Pareil effort s'appuie,

1. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 383-399, t. II, p. 159-189. — *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 451-455.

2. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 439-448, t. II, p. 271-291.

3. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 469-468, t. II, p. 291-334.

4. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 469-504, t. II, p. 334-394.

5. A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 505-523, t. II, p. 394-423. — Comp. *Droit naturel*, Paris, 1870, p. 455-456.

6. Voy. notamment : A. Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, n°s 3-4, p. 4-8. Comp n°s 5-8, p. 8-13 et t. II. Appendice, p. 425-450. — *Adde*, pour l'application : t. I, n° 10, p. 14-15, livre I, titre I, n°s 13-29, p. 21-46 ; livre I, titre III, n°s 40-78, p. 71-150 et titre IV, n°s 79-94, p. 151-184.

d'ailleurs, à une confiance énergique en la puissance de la raison, que double une indépendance de pensée méritoire à l'égard de mouvements d'idées spécieux [1]. — Si le résultat général ne va, le plus souvent, qu'à confirmer le droit existant, du moins faut-il convenir que celui-ci y trouve une assiette solide et que souvent les institutions positives en ressortent justifiées par des raisonnements originaux et séduisants, susceptibles, en même temps, de leur assurer une orientation intéressante [2]. — On peut ajouter que BOISTEL, avec grande raison, cherche toujours à mettre en relief les points de contact entre les doctrines qu'il compare à la sienne [3] et arrive à représenter, en celle-ci, comme une synthèse des opinions les plus plausibles, de façon à compléter sa valeur rationnelle par une valeur de fait qui en légitime mieux encore l'autorité.

Tout en relevant, comme il convient, ces mérites éminents des travaux de philosophie du droit de BOISTEL, il reste difficile d'échapper, dans leur appréciation, à des impressions moins favorables. — On sent des parties importantes du système reposer sur des raisonnements artificiels, auxquels l'auteur attache une vérité objective, qui est loin de s'imposer. Cette faiblesse, déjà très apparente en quelques aspects notables de la construction du droit individuel [4], s'accentue et devient choquante dans le ratta-

1. Voy., notamment, A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899 : α) quant au fondement du droit de propriété externe, livre II, titre I, chap. II, sect. I, n°s 156-213, t. I, p. 275-364 ; β) sur la question du divorce, n°s 341-343, t. II, p. 76-86. — Comp. : γ) quant au fondement du droit de punir, *ibid.*, n°s 285-299 ; t. II, p. 468-499 ; et δ) sur le problème des rapports de l'État avec les religions et les Églises, *ibid.*, n°s 459-466, t. II, p. 308-331.

2. Voy., par exemple, A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899 : α) pour les droits des auteurs et des inventeurs, n°s 143-155, t. I, p. 248-274 ; β) pour le testament, n°s 266-272, t. I, p. 436-450 et n° 376, t. II, p. 145-146 ; γ) pour le droit de succession *ab intestat*, n°s 369-375, t. II, p. 136-145.

3. Voy. notamment là-dessus : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 86-87 (n° 50).

4. Voy., par exemple, les développements, qui tendent à fonder la

chement des institutions familiales au droit de la société[1]. Elle ne laisse pas que de se faire sentir aussi en maints détails de la théorie de la SOCIÉTÉ CIVILE[2]. En dépit du désir et de la conviction de l'auteur, on constate, qu'au fond, la plupart des considérations, au moyen desquelles il justifie les règles juridiques qu'il défend, reposent plutôt sur le bon sens et l'équité générale, que sur les principes abstraits et formels, où il prétend les appuyer[3]. — Et, sans doute, pour maintenir la pureté et la spécificité de son point de vue, BOISTEL laisse décidément à d'autres disciplines les éléments historiques, économiques, sociologiques, qui baignent et enveloppent le juste, sans proprement le constituer[4]. Mais, ce faisant, il enlève, à peu près, toute vie à ses conclusions, et, en tout cas, il s'expose à négliger certaines données objectives, fort importantes, de l'organisation juridique[5].

Au fond, l'œuvre philosophique de BOISTEL, considérée du point de vue que nous nous sommes assigné en ce

---

puissance ou l'autorité du père vis-à-vis de ses enfants mineurs sur l'*occupation* ou la *génération* : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 216-226, t. I, p. 365-379. — Cons. aussi certaines considérations. émises au sujet de la prescription libératoire : *ibid.*, t. I, p. 413-414 (n° 250), voire même de la prescription en général : *ibid.*, n°s 244-251, t. I, p. 401-414.

1. Surtout, pour la prétendue « Société paternelle ou parentale » : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, n°s 353-368, p. 106-135, comparés avec n°s 301-334, p. 4-62.

2. Voy. A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 449-523, t. II, p. 291-423, *passim*.

3. Voy., par exemple, les développements présentés : α) sur l'analyse du consentement dans le contrat, *op. cit.*, n° 260, t. I, p. 425-427 ; ou β) sur les conditions générales de la formation ou de la validité des contrats, *ibid.*, n°s 261-265, t. I, p. 427-436.

4. A. BOISTEL. *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 2-4 (n° 2). Comp. n° 7, p. 10-11. — *Adde* encore : t. II, p. 158-159 (n° 382) et p. 394-395 (n° 505).

5. Voy. encore, pour fortifier cette critique : A. BOISTEL (*Le Code civil et la philosophie du droit*), dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 55-70.

chapitre [1], n'aboutit à faire admettre comme assurées qu'un petit nombre d'idées générales, issues d'une sphère fort élevée, mais peu capables, à elles seules, de fournir autre chose qu'une inspiration de justice [2], qui n'arrive même pas à s'imposer par la force de l'évidence irrésistible.

SECTION II

LE DROIT NATUREL, PARTIE DE LA PHILOSOPHIE MORALE, D'APRÈS V. CATHREIN.

141. — Bien qu'il ait suivi les inspirations de la philosophie traditionnelle, en même temps qu'il se déclarait hautement catholique et professait une entière fidélité aux doctrines de l'Église [3], A. BOISTEL ne s'est pas refusé, comme philosophe du droit, une certaine indépendance de pensée [4]. Sa métaphysique se rattache moins à l'aristotélisme thomiste qu'aux transformations du platonisme, amorcées par certains philosophes du XVIIe siècle (DESCARTES, MALEBRANCHE) et poussées plus avant par les spiritualistes du XIXe (COUSIN, J. SIMON, CARO) [5]. Préoccupé de proposer un ensemble acceptable pour tous les

---

1. Voy. plus haut : p. 278, texte et notes 2-3 (n° **135**).
2. A. BOISTEL semble, lui-même, avoir prévu l'objection : *Philosophie du droit*, Paris, 1899, Préface, *in fine*, t. I, p. XV-XVI.
3. Voy. notamment : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*. Paris, 1899, t. I, p. 7 (n° 4); t. II, p. 325, note 3 (n° 466). Comp., t. II, p. 324 (n° 465). — *Adde :* t. II, p. 209, texte et note 1 (n° 412).
4. Voy. notamment : α sur l'indissolubilité du mariage, A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, n°s 342-343, t. II, p. 83-86; — et β) sur les rapports entre l'Etat et l'Église, *ibid.*, n°s 463-466, t. II, p. 316-331. — *Adde* encore : t. II, p. 349 (n° 479).
5. Voy. surtout : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Appendice, *Métaphysique*. Principes nécessaires à l'étude de la philosophie du droit, dans : *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, p. 425-450. — *Adde : passim*, au cours de l'ouvrage. notamment : t. I, n°s 42-44, p. 73-80; p. 94 (n° 55); p. 95 (n° 55); p. 189 (n° 98); n° 164, p. 284-286; p. 307-309 (n°s 176-177); p. 483-484 (n° 295); p. 490-491 (n° 297); p. 497-498 (n° 299); t. II, p. 61-62 (n° 334); p. 70 (n° 338); p. 185 (n° 398).

esprits de bonne foi, fussent-ils dominés par les conceptions modernes[1], non seulement il évite les déclarations trop catégoriques d'orthodoxie, insistant peu sur les conséquences extrêmes d'un théisme, qu'il dégage d'ailleurs de l'ordre naturel des choses[2], mais il ne craint pas de renouveler les formules courantes de la philosophie et d'affirmer ses convictions propres en un langage souvent fort étranger à la scolastique[3].

Nous allons rencontrer une doctrine, plus fortement imbue de la pure tradition de l'Église catholique, dans l'œuvre de philosophie morale du R. P. V. CATHREIN, s. j.[4].

1. Voy. notamment : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 7-8 (n° 4) ; p. 15 (n° 10) ; p. 21-22 (n° 13) ; p. 41 (n° 26) ; t. II, p. 313-314 (n° 461).

2. Voy. par exemple : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, n° 25, p. 37-40. — Comp. n°s 66-70, t. I, p. 117-126 et n° 423, t. II, p. 229 230. — *Adde* : t. II, p. 197-198 (n° 404) et n° 494, p. 373-377.

3. Voy., entre autres les passages suivants : A. BOISTEL, *Philosophie du droit*, t. I, n°s 2-4, p. 1-8 ; n°s 13-39, p. 21-70 ; n°s 41-49, p. 72-85 (comp. n°s 50-78, p. 86-150) ; n°s 79-94, p. 151-184 ; n°s 102-129, p. 199-237 ; n°s 157-204, p. 276-351 ; n°s 266-274, p. 436-450 ; n°s 285-299, p. 468 499 ; t. II, n°s 336-352, p. 64-105 ; n°s 367-376, p. 128 146 ; n° 445, p. 281-286 ; n°s 459-466, p. 308-331 ; n°s 470-483, p. 336-353. — *Adde :* t. I, Préface, p. XI-XII.

4. Cette œuvre se trouve tout entière ramassée dans : *Moralphilosophie*. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschlieszlich der rechtlichen Ordnung, Freiburg-i.-B., 2 vol., 4 A., 1904 ; 5 A., 1911 ; dont présente un résumé général *Philosophia moralis* in usum scolarum, Freiburg-i.-B., 7 et 8 A., 1911. — Il y faut ajouter, comme ayant une portée générale et complétant les ouvrages qui précèdent : *Die katholische Weltanschauung in ihren Grundlinien mit besonderer Berücksichtigung der Moral*. Ein apologetischer Wegweiser in den groszen Lebensfragen für alle Gebildete, 2 A., Freiburg-i.-B., 1909. — *Recht, Naturrecht und positives Recht*. Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung, 2 A., Freiburg-i.-B., 1909. — *Religion und Moral*, oder Giebt es eine religionslose Moral, 2 B., Freiburg-i.-B., 1904. — *Glauben und Wissen*. Eine Orientierung in den religiösen Grundproblemen der Gegenwart für alle Gebildeten, 4 et 5 A., Freiburg-i.-B., 1911. — *Durch Atheismus zum Anarchismus*. Ein lehrreiches Bild aus dem Universitätsleben der Gegenwart, 2 A., Freiburg-i.-B., 1900. — *Der Sozialismus*. Eine Untersuchung seiner Grundlagen und seiner Durchführbarkeit, 10 A., Freiburg-i.-B., 1910. — *Die katholische Moral in ihren Voraussetzungen und ihren Grundlinien*. Ein

— Ce n'est pas que cet auteur écrive exclusivement pour les croyants. Se plaçant d'abord et principalement, dans l'ordre naturel, il prétend, avant tout, présenter un système, dont les preuves, appuyées à la fois sur les principes de la raison et sur l'expérience, se proposent à la discussion de tous les penseurs. Et, s'il y ajoute, à l'usage des catholiques, tout un ensemble de considérations, issu de la révélation surnaturelle et basé sur les affirmations de la théologie, ce n'est là, suivant lui, qu'un *appoint*, dont la valeur est, d'ailleurs, justifiée, à ses yeux, par des arguments accessibles à l'intelligence [1]. Mais, dans l'exposé même de sa philosophie rationnelle, V. Cathrein ne recule devant aucune des thèses métaphysiques, qui lui semblent nécessaires pour expliquer le grand mystère du monde, dont l'ordre moral n'est qu'un aspect entre d'autres; et il combat hardiment toutes les attaques et toutes les constructions accumulées par les modernes, en vue de supplanter un système d'idées, que le dualisme théiste peut seul efficacement soutenir et sans lequel la morale indispensable manquerait elle-même de base suffisante [2].

Par là, l'œuvre du R. P. Cathrein, si elle se rattache à une métaphysique décidée et précise, conserve une visée strictement morale. Elle embrasse, d'ailleurs, la morale la plus pleine, dont le droit n'est, pour notre auteur,

Wegweiser in den Grundfragen des sittlichen Lebens für alle Gebildeten, Freiburg-i.-B., 1907.

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Einleitung I-II, t. I, p. 1-15, *passim*. — Comp. *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Einleitung, p. 1-12. — *Die katholische Weltanschauung*, 2 A., 1909, p. 3-4 (Einleitung); p. 172-175 (Zweites Buch, Erstes Kapitel, Erster Artikel), p. 320-321 (Drittes Buch, Erstes Kapitel).

2. Voy. notamment : V. Cathrein, *Die katholische Weltanschauung*, 2 A., 1909, Erstes Buch, Erstes Kapitel, Erster Artikel, § 9. Zweiter Artikel, Dritter Artikel, p. 38-94 ; Erstes Buch, Drittes Kapitel, Erster Artikel, Zweiter Artikel, p. 113-139. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Erster Abschnitt, p. 13-45. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 81 (Erster Teil, Zweites Buch, pr.).

qu'une fraction et non l'antithèse [1]. Aussi, son système de droit naturel se trouve-t-il comme fondu dans une vaste philosophie morale, dont nous devrons le dégager, pour nous en tenir à notre objectif propre.

Cette tâche nous est facilitée, du fait que toute la partie générale de la doctrine du droit a été détachée de l'œuvre d'ensemble et quelque peu développée, sous cette forme, par V. Cathrein lui-même, désireux de fournir précisément aux juristes un exposé spécifique du sujet propre à les intéresser de plus près [2].

Il reste nécessaire, pourtant, afin de saisir la pleine portée de cette doctrine du droit, de relever, d'abord, les liens indissolubles, qui l'unissent à toute philosophie morale, fondée elle-même sur une métaphysique positive [3]. D'autre part, après en avoir exposé l'ensemble théorique, il conviendra de mettre à l'épreuve sa constitution générale, en la complétant par quelques-unes des applications, que V. Cathrein a insérées dans la partie spéciale ou appliquée de son traité de philosophie morale [4].

142. — Telle que l'entend le R. P. Cathrein, la philosophie morale est la science des actions morales de l'homme, puisée dans les plus hauts principes de la raison. Elle suppose des êtres raisonnables et libres ; aussi ne la conçoit-on pas pour les animaux. Non pas art, mais

---

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Einleitung, iii, t. I, p. 15-16 ; et surtout Erster Teil, Achtes Buch, Kap. IV, p 514-522 ; Kap. V, § 1, p. 522-527. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Kap. V, p. 303-324.

2. C'est l'objet propre de l'opuscule de V. Cathrein, *Recht Naturrecht und positives Recht*, 2 A., Freiburg-i.-B., 1909.

3. Voy. surtout : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil. Allgemeine Theorie des stittlich guten Handelns, t. I.

4. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil. Besondere oder angewandte Moralphilosophie, t. II, *passim*.

science véritable, et cherchant ce qui doit être plutôt que ce qui est, elle représente, — à côté de la logique, — la philosophie pratique (ou normative) par excellence. La science du droit (ou jurisprudence), qui ne remonte pas aux derniers principes de la raison et qui emprunte ses directions fondamentales à la philosophie morale, n'est, par suite (à l'image de la pédagogie), qu'un dérivé de celle ci, à qui elle demeure subordonnée [1].

La philosophie morale a pour sources les plus sûrs principes de la raison naturelle et l'expérience élargie par l'histoire [2]. Dès lors, sa méthode sera à la fois empirique et spéculative [3]. Et elle devra rejeter, comme également erronées, aussi bien les conceptions qui exagèrent l'importance et la valeur de la raison naturelle (rationalisme avec ses nuances diverses, notamment philosophie libre penseuse du XVIII[e] siècle, athéisme, droit naturel abstrait de Rousseau, écoles spéculatives de Fichte, Schelling, Hegel, etc.), que celles qui les rabaissent de parti pris (traditionalisme, école historique pure, irrationalisme de Kant en morale, agnosticisme, empirisme et positivisme, scepticisme moral) [4].

Ces prémisses posées, la théorie générale de l'activité moralement bonne part de la nature de l'homme et de ses actions considérées sous le point de vue de la volonté libre qui les spécifie, moralement parlant, au travers des

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, Einleitung, I, p. 1-6.

2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, Einleitung, II, 1-2, p. 6. — La révélation surnaturelle, guide infaillible et comme telle, adjuvant précieux, pour le moraliste chrétien, qu'elle éclaire, grâce à la foi, de lumières nouvelles, n'est pas une source, proprement dite, de la science. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, Einleitung, II, 3, p. 6-9.

3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, Einleitung, II, 4, p. 9-10.

4. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, Einleitung, II, 4, p. 10-15.

passions troublantes ou des obstacles directs à la liberté [1]; elle détermine la destinée humaine, d'après ses buts, principal et subordonné, sans reculer devant le mystère de Dieu ou des profondeurs de l'au-delà (immortalité de l'âme), pour en déduire toutes les conséquences [2]; puis, et principalement, une fois munie de ces données, elle s'efforce de dégager la norme vraie de la moralité [3].

Celle-ci d'abord définie [4], et toute idée de positivisme moral (scepticisme moral ou théonomie) devant être écartée par des raisons décisives [5], le principe directeur, déjà nettement entrevu par Aristote, mieux déterminé par les scolastiques, susceptible de rencontrer encore une précision plus grande en la philosophie de notre époque, sera placé dans l'adaptation de la conduite à la nature raisonnable de l'homme, pris en lui-même ou dans ses rapports avec tous les autres êtres; de telle sorte que la règle morale doive tendre à assurer à l'homme la situation, que lui assigne sa nature raisonnable dans l'ensemble du monde [6]. Ce critérium (qui s'affine encore par ses rapports avec l'essence de Dieu [7] et le but final de l'humanité) [8], condamne, comme n'offrant que des normes inexactes ou insuffisantes, aussi bien les morales, basées sur d'autres principes objectifs internes (principe stoïcien de la conformité à la nature — principe du perfectionne-

---

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Erstes Buch, t. I, p. 18-78.

2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Zweites Buch, t. I, p. 79-130. — *Adde : Die katholische Weltanschauung in ihren Grundlinien*, 2 A , 1909.

3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A , 1904, Erster Teil, Drittes Buch, t. I, p. 130-284.

4. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 131-139 et p. 156-159.

5. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 139-156.

6. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A , 1904, t. I, p. 159-184. Voy. notamment p. 170.

7. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904. t. I, p. 184-189.

8. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 190-196.

ment de soi-même), ou sur des principes internes purement subjectifs (d'intelligence — de sentiment ou de goût — de volonté), que celles rattachées à des directions externes, soit proprement utilitaires (eudémonisme individuel ou hédonisme — eudémonisme social ou altruisme), soit à tendances évolutionnistes (système d'Herbert SPENCER — progrès de la civilisation)[1]. — Ainsi fixée, la règle objective du bien moral, que vivifient les dispositions personnelles du sujet[2], que met en œuvre la conscience[3], que suivront le mérite ou le démérite[4], rencontre sa pleine valeur et la garantie de son efficacité dans le *devoir*, issu d'une loi, qui, naturelle avant tout, et douée, comme telle, de propriétés bien définies, mais parfois incomplète ou insuffisante aux exigences de l'ordre pratique, se renforce et se précise dans la notion plus concrète de loi positive[5].

C'est sur cette forte construction de la partie générale de la philosophie morale, que vient se greffer la doctrine générale du droit, qui, considérant, dans ses concepts et ses principes, un point de vue particulier et détaché de l'*activité morale* de l'homme, forme en quelque sorte la transition naturelle à la philosophie morale spéciale ou appliquée[6]. — V. CATHREIN en a bien senti toute l'importance, puisque, indépendamment de la place qu'il lui a faite dans son ouvrage d'ensemble[7], il lui a consacré

---

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 196-284. — Comp. p. 157-159.
2. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Viertes Buch, t. I, p. 284-332.
3. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Sechstes Buch, t. I, p. 416-436.
4. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Siebtes Buch, t. I, p. 437-446.
5. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Fünftes Buch, t. I, p. 332-416.
6. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 17.
7. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Achtes Buch, t. I, p. 446-568 (Die Lehre vom Rechte).

un opuscule spécial, où il cherche à lui donner tout son développement[1].

I

143. — CATHREIN n'a pas de peine à montrer la nécessité d'une forte philosophie du droit pour les juristes. Et, constatant l'indigence scientifique de l'heure actuelle relativement aux notions fondamentales de la jurisprudence, il l'explique par l'abaissement général de la philosophie et par le dégoût, qu'inspirèrent aux jurisconsultes les fantaisies métaphysiques sur le droit, dont les Écoles de SCHELLING et de HEGEL représentent comme l'apogée. Puisque, cependant, et au témoignage même des juristes contemporains, une philosophie du droit reste indispensable, elle ne peut être solidement établie, que si l'on renonce franchement à l'esprit de nouveauté et d'originalité vaines, pour s'appuyer à la tradition et prendre le bon partout où il se rencontre, en cherchant simplement à parfaire et achever une construction déjà édifiée par les siècles qui nous ont précédés[2].

Or, en face de l'idée traditionnelle, suivant laquelle il existe un ensemble de concepts et de principes généraux de droit, — qui sont le patrimoine commun de tous les peuples, en tous les temps, — qui constituent le postulat nécessaire et fondamental de toute formation juridique positive, — qu'on a communément appelés droit naturel, — et que c'est la mission de la philosophie du droit d'embrasser et d'expliquer dans leur essence, leurs bases et leurs rapports avec le droit positif, — une conception moderne, présentée au début du XIX[e] siècle par l'École

1. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung, 2 A., 1909. — Voy. notamment, p. 1, texte et note 1.

2. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 1-12. — Comp. *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 163, p. 450.

historique du droit et constamment développée depuis lors, tend à exclure comme simple chimère toute notion d'un vrai droit naturel et à se tenir strictement sur le terrain d'un pur positivisme du droit [1].

Ayant ainsi ruiné la véritable philosophie du droit, que n'a pu remplacer l'« *Allgemeine Rechtslehre* », encore laissée survivante par l'École historique, on s'en tient aujourd'hui à des directions générales de pensée, fort variables en dépit de leur négation commune du droit naturel, et qui peuvent se ramener à trois courants principaux : 1° un évolutionnisme, soit universel dans le sens du panthéisme moniste (Fr. Paulsen, Wundt, J. Kohler, Fr. Berolzheimer), soit particulier du point de vue du matérialisme darwinien (Ch. Darwin, H. Spencer) ou socialiste (conception matérialiste de l'histoire de Karl Marx, Engels), qui, sous l'une ou l'autre forme, aboutit à nier absolument l'existence même de concepts ou principes nécessaires, de valeur générale et immuables; — 2° un empirisme, reconnaissant des concepts et principes généraux, mais prétendant les découvrir avec le seul secours de la pure expérience et de la comparaison (Binding, Merkel); — 3° un apriorisme formel, qui, s'inspirant du kantisme, veut ramener l'essence immuable du droit à une forme pure, exclusive de tout contenu prédéterminé (Stammler) [2].

Pour faire apercevoir la vanité ou l'insuffisance de ces tendances, dont la première se réfère spécialement à l'objet, les deux autres à la méthode, de l'investigation philosophique du droit, il suffit de constater : 1° que toute science, — et notamment la science juridique, — implique, de soi, — pour être science, — la nécessité de concepts et principes généraux, en réalité reconnus de tous, même de ceux qui affectent d'en nier l'existence ; —

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 13-14.
2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 14-16.

II° que, si l'expérience est la première et la plus précieuse source de connaissance, elle ne saurait, seule, permettre une construction scientifique, qui, bornée à ce domaine, ne pourrait fournir de conclusions générales et n'aboutirait qu'au septicisme ; — III° que la forme sans contenu reste vide de sens et dépourvue de valeur efficace, les concepts dépouillés de substance étant, d'ailleurs, un néant logique [1].

Ces observations faites, il devient aisé d'établir la juste méthode, qui, partant de l'expérience, entend la dépasser, en y puisant, au moyen de l'abstraction, des concepts généraux, dont la comparaison et le rapprochement fourniront des jugements analytiques d'une nécessité générale. — Et, c'est ainsi qu'apparaîtront notamment les notions de droit et de non droit, avec les jugements qui s'y attachent. — Le meilleur moyen de pénétrer à fond les concepts, — base de toute cette construction et d'ailleurs clairs originairement, — en les rendant distincts par l'analyse de leurs éléments ramenés aux principes premiers, — consiste à les interpréter d'après le langage courant, voire populaire, sans partir du préjugé d'un sens proprement juridique à leur découvrir. Ainsi obtiendra-t-on des notions, douées de valeur générale, parce qu'elles seront connues identiquement de tous [2].

144. — Cathrein se propose, avant tout, d'appliquer cette méthode à la précision du concept de droit (*Recht*), qu'il tient pour primordial et pour mal déterminé encore aux yeux des juristes [3]. Toutefois, eu égard à la con-

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Erster Abschnitt, Zweites Kapitel, Drittes Kapitel, §§ 1-2, p. 16-41. — Comp. *Moralphilosophie*, 4 A., 1904. t. I, p. 447-448.

2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Erster Abschnitt, Drittes Kapitel, § 3, p. 41-45. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 448-450.

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 2-3. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 446 447 et p. 450.

naissance plus spontanée que nous avons de la justice (*Gerechtigkeit*), il croit devoir, d'abord, en dégager la notion, corrélative à celle de droit [1].

Cette notion de justice, sur laquelle les jurisconsultes modernes gardent un silence presque complet, a été sérieusement élaborée par les anciens, notamment par Aristote, dont il suffit de rappeler la doctrine [2]. — Suivant celle-ci, la justice, au sens étroit et spécifique du mot (par opposition à la justice, au sens large, désignant l'ensemble des vertus, la sainteté), est la vertu, qui nous incline à rendre à chacun le sien, c'est-à-dire ce qui est ordonné à sa nature individuelle comme but immédiat, de façon à se trouver destiné, en première ligne, à son utilité et à son usage. Grâce à la justice, donc, chacun doit obtenir et conserver exactement ce qui lui appartient ou lui revient, suivant une idée générale d'égalité [3]. — La justice est commutative, en tant qu'elle règle les rapports respectifs des membres de la société entre eux, conformément à l'égalité arithmétique. Elle est légale, en tant qu'elle détermine la situation des membres de la société, vis-à-vis de celle-ci, à qui ils doivent procurer ce qui est nécessaire à son maintien et à sa prospérité. Elle est distributive, en tant qu'elle permet à chacun, d'exiger de la société, dont il fait partie, une part des charges ou avantages sociaux, proportionnelle à ses facultés et à ses mérites, suivant une égalité géométrique [4]. De ces trois variétés de la justice, la première (justice commutative), qui se montre plus stricte (*justitia rigorosa*) et oblige seule à restitution, a pour domaine propre le droit privé, les deux autres (justice légale et justice distributive) com-

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 45, texte et note 1.
2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 46-47.
3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 47-52. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 319-320.
4. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 52-55.

posent le droit public[1]. D'autre part, on peut qualifier la justice légale du nom de générale, parce qu'elle peut, suivant les circonstances, requérir la mise en œuvre de *toutes* les vertus pour le bien commun et lui opposer la justice particulière, qui ordonne l'homme dans ses rapports avec les autres personnes privées et se subdivise en commutative et distributive d'après son objet spécifique précisé plus haut[2]. — Sous toutes ces formes, la justice est le fondement de l'édifice social (*justitia est fundamentum regnorum*), bien qu'elle ne suffise pas à le soutenir, à elle seule et sans l'intervention d'autres vertus[3]. La combinaison de ses trois variétés permet de concilier l'individualisme et le socialisme (au sens large du mot), également nécessaires à la prospérité sociale[4].

De la vertu de justice nous passons naturellement à son objet. Il faut, en effet, savoir ce que désigne, prise substantivement et dans sa signification étroitement technique, cette expression : « le droit »[5]. CATHREIN lui reconnaît trois acceptions, par suite, trois portées, distinctes. — En un premier sens, qu'on peut tenir pour le sens primitif, « le droit » désigne « le sien », ce qui, ayant avec chacun un lien spécial et étant destiné à son usage, lui revient suivant la justice, de façon qu'il mérite préférence sur tout autre quant à l'utilisation de cette chose et que personne n'en puisse disposer contre sa volonté, sans commettre une injustice. « Le droit », ainsi entendu, qui correspond à « τὸ δίκαιον » d'ARISTOTE, au « *jus* » ou « *justum* » du latin, se diversifie en trois sortes, suivant qu'il représente l'objet de la justice, commutative,

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 324-326. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 55.

2. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 321-322.

3. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 55-56, p. 57. — Comp. *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 326-329.

4. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 56-57.

5. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 57-58.

légale ou distributive [1]. — En s'étendant, suivant un phénomène linguistique fréquent, d'une part à sa cause, d'autre part à son effet, ce sens primordial du mot « droit » en engendre deux autres [2]. C'est d'abord, « le droit », au sens objectif, pour désigner la norme elle-même, qui se représente dans la loi = règle d'action obligatoire et permanente, promulguée dans une communauté publique par celui qui la dirige et en vue du bien commun. Avec la loi ainsi comprise qui s'adresse à la raison, il ne faut pas confondre la loi de nature, qui s'impose à l'homme comme aux autres êtres. Le droit objectif n'embrasse même pas toutes les lois morales obligatoires, mais celles seulement, qui ont pour objet ce que l'on doit fournir à chacun comme sien (suivant les trois sortes de justice) et qui, par suite, imposent un véritable devoir de droit, correspondant à une faculté juridique [3]. — Celle-ci, enfin, nous offrira la troisième acception du mot « droit ». C'est le droit, au sens subjectif, ou pouvoir de réclamer quelque chose comme sien, de le posséder et d'en disposer à son profit, en en excluant tous les autres. Il s'agit d'un pouvoir, non pas physique, mais légal ou moral, engendrant pour autrui une véritable obligation. De là est issu le rapport juridique, où l'on rencontre le bénéficiaire du droit, son objet, son titre, enfin son terme chez celui qui est tenu. On retrouve, d'ailleurs, encore, dans le droit subjectif, les trois sortes de justice, commutative, légale, distributive. Et, il n'est pas sans intérêt d'observer que, seule, la lésion des droits appartenant à la justice commutative (qui, d'ailleurs, sont les droits, au sens le plus parfait du mot) engendre, à la charge

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909. Zweiter Abschnitt, Zweites Kapitel, § 1, p. 58-59.

2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 59, *in fine*.

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Zweiter Abschnitt Zweites Kapitel, § 2, p. 59-70 — *Moralphilosophie*. 4 A., 1904, t. I, p. 452-454. *Adde* : p. 534-539.

de l'auteur, l'obligation de restitution ou d'indemnité au profit du lésé [1].

A la base de l'ensemble de ce concept de droit, — dont les trois aspects, bien distincts et comportant chacun leur définition propre, restent intimement unis en un seul système, comme les anneaux d'une même chaîne [2], — se retrouve donc toujours, essentielle, la notion du mien, du tien, du sien, qui ne fait que spécifier, en lui donnant la couleur juridique, une idée tirée de la vie courante. Car, il s'agit bien d'un rapport d'appartenance entre une chose (au sens le plus large du mot) et une personne. Ce rapport peut être physique, comme celui des membres ou des facultés essentielles, formant partie intégrante de l'individu, ou celui de qualités accidentelles, telles que la santé, les connaissances, les aptitudes ; il peut être moral, comme on l'observe à l'égard des choses extérieures, ainsi le produit du travail, les œuvres de l'industrie, les biens acquis par contrats translatifs; dont on peut rapprocher le droit issu du mariage pour chaque époux vis-à-vis de son conjoint et à quoi s'ajoutent même encore la bonne réputation, l'honneur, la bienveillance ou l'amitié d'autrui [3]. — Il est, d'ailleurs, à noter que ces notions de mien ou de tien, et par suite de droit ou de non-droit, s'éveillent spontanément chez l'homme, comme on le voit à l'exemple des enfants [4].

Pour préciser encore sa notion du droit, qu'il oppose victorieusement aux notions erronées proposées par des

---

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Zweiter Abschnitt, Zweites Kapitel, § 3, p. 70-81. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 454-456. *Adde :* p. 549-551 et p. 554-561. — Comp. ci-dessus, p. 305, texte et note 1 (n° **144**).

2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 81. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 450, p. 457-458.

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 75-78. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 456-457.

4. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 81-83, Zweiter Abschnitt, Zweites Kapitel, § 4.

auteurs modernes [1], V. Cathrein cherche à dégager le but du droit, c'est à-dire le bien qui met en mouvement les causes (ou sources), par lesquelles il est constitué. Ce but, qui se spécifie immédiatement en chaque sorte de droit (suivant les trois sens distingués plus haut), mais qui présente chez toutes un élément médiat commun, apparaît particulièrement net pour le droit, au sens subjectif, dont les visées distinctes, si on les veut préciser dans les domaines respectifs des justices, commutative, légale, distributive, se condensent en « l'établissement et le maintien d'une organisation sociale, telle qu'elle convient à des êtres raisonnables et libres eu égard à leur fin dernière » [2]. Pareille formule implique le libre arbitre humain, écarte toute idée de droit en faveur des animaux dépourvus de raison et condamne un individualisme ne tendant qu'à une liberté extérieure, égale pour tous, qui ne suffirait même pas dans le domaine de la justice commutative, en raison des différences et des classes sociales [3].

Reste à savoir, — pour achever de fixer la notion du droit, — si l'idée de contrainte doit en être considérée comme un élément intégrant. — En dépit des hésitations, que manifestent à cet égard les jurisconsultes modernes, — dont la plupart inclinent encore vers l'affirmative, — V. Cathrein s'en tient décidément à la position contraire, déjà préférée par les anciens jurisconsultes et vers laquelle s'annonce aujourd'hui un retour accentué. Du moins, semble-t-il maintenir fermement cette négation

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Zweiter Abschnitt, Viertes Kapitel, p. 108-119. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 458-459. *Adde :* Erster Teil, Achtes Buch, Fünftes Kapitel, p. 522-533.

2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Zweiter Abschnitt, Drittes Kapitel, § 1, p. 84-91. — *Moralphilosophie*, Erster Teil, Achtes Buch, Zweites Kapitel, § 1, p. 459-462.

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 91-94. — *Adde : Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 559-560, p. 561-568 (Erster Teil, Achtes Buch, Siebtes Kapitel, §§ 4-6).

quant au droit objectif, où la contrainte apparaît nettement comme une propriété secondaire, ayant pour présupposition et pour objet la règle juridique elle-même, et que l'on conçoit, comme on le rencontre en fait, dépourvu de contrainte extérieure, sans qu'il cesse de mériter le nom de droit. Mais, en ce qui concerne la faculté juridique ou droit subjectif, il ne peut lui dénier franchement le caractère contraignant que dans la sphère de la justice distributive ; il lui reconnaît, au contraire, ce caractère en matière de justice légale ou commutative, sauf à en faire, pour celle-là, un accompagnement subsidiaire du droit de l'autorité, pour celle-ci, une faculté distincte de la faculté principale, appartenant d'ailleurs, en principe, — et sauf les conséquences de l'organisation d'une communauté publique, — au même titulaire. — Au fond, cette critique de la coercition, considérée comme essentielle au droit [1], critique qui ne peut être soutenue que moyennant bien des explications et des réserves, qui rend plus difficile, quoique non pas impossible, la distinction des règles juridiques d'avec les règles de morale et de mœurs [1], semble surtout tenir au cœur de CATHREIN, pour fortifier l'importance qu'il attache au droit naturel dans la constitution du droit [2].

145. — En effet, une fois fixés le concept, le but et les qualités essentielles du droit, la question fondamentale, de la doctrine générale du droit, consiste à déterminer ses sources, c'est-à-dire les causes qui l'engendrent immédiatement. Cette question ne se pose véritablement que pour le droit objectif, dont les droits subjectifs découlent néces-

---

1. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, Première partie, p. 47-48 (n° **16**). *Adde* : n°s **14-16**, p. 43-52.

2. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Zweiter Abschnitt, Drittes Kapitel, § 2, p. 94-108. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Achtes Buch, Zweites Kapitel, § 2, t. I, p. 459-468. *Adde* : t. II. p. 98-106 (Zweiter Teil, Erste Abteilung, Drittes Buch, Zweites Kapitel, Zweiter Artikel, §§ 1-2).

sairement. D'où proviennent donc les règles de droit ou les lois juridiques elles-mêmes [1] ?

A la question ainsi posée, une opinion considérable, qui peut citer parmi ses précurseurs certains philosophes grecs, ARCHÉLAÜS, ARISTIPPE, THÉODORE DE CYRÈNE, CALLICLÈS, TRASYMAQUE, CARNÉADE, qui trouve des bases plus modernes dans les théories de HOBBES, de SPINOZA, de ROUSSEAU, de KANT, de BENTHAM, qui, sous l'influence du panthéisme et du matérialisme de plus en plus en faveur, a recruté de nouveaux adhérents à l'époque contemporaine et apparaît professée, sous des formes diverses, par A. COMTE, H. SPENCER, ED. V. HARTMANN, W. WUNDT, Ad. LASSON, R. V. JHERING, PAULSEN, BINDING, BERGBOHM, NEUKAMP, L. GUMPLOWICZ, G. JELLINEK (ce dernier expliquant tout par les faits et la psychologie), répond en signalant, dans l'État, non pas seulement l'intermédiaire nécessaire, mais la source dernière et unique du droit. — Pareille manière de voir, de quelque complication de points de vue ou d'arguments qu'elle s'étaie, — indépendamment de ce qu'elle paraît admettre comme essentiel le caractère contraignant du droit [2] et qu'elle aboutit à nier tout droit vrai de l'Église [3], — ne peut expliquer l'État lui-même, sans présupposer un principe antérieur, alors même qu'elle mettrait à sa base un prétendu contrat social, qui requerrait, à son tour, une justification préalable. Elle est, d'ailleurs, condamnée par ses propres conséquences, puisqu'elle conduit à tenir pour bien et dûment obligatoires toutes les lois quelconques, si absurdes, si immorales, si tyranniques qu'elles puissent être [4].

1. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 119. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 469.

2. Comp. ci-dessus, p. 308-309 (n° **144**).

3. Comp. à cet égard : Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914. Première partie, p. 59-63 (n° **19**).

4. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt,

Désireuse d'échapper, à la fois, aux excès spéculatifs des théories de droit naturel, multipliées au XVIIIe siècle, et à une exaltation de l'État, déconsidérée par les expériences de la Révolution française et du despotisme napoléonien, l'École historique, qui devint consciente d'elle-même, au début du XIXe siècle, sous l'influence lumineuse de SAVIGNY, prétendit découvrir la source suprême du droit dans l'esprit (ou la conviction) du peuple, élaborant sans doute quelques idées morales et rationnelles, mais les transformant et les créant, en quelque sorte, à l'état de règles juridiques, grâce à une procédure mystérieuse (évolution de la science commune du droit), réalisée essentiellement dans la coutume, avec l'appoint secondaire de la loi écrite et le secours éclairé de la science (du droit). — Cette doctrine, soit qu'on l'envisage dans les premiers traits du programme de SAVIGNY, soit qu'on la prenne dans la forme juridique achevée, où la présente le « *Kursus der Institutionen* » de G. F. PUCHTA, soit qu'on l'analyse sous l'aspect, plutôt philosophique, que lui a donné F. J. STAHL dans sa « *Philosophie des Rechts* » (II[5], 1854), se montre manifestement inacceptable. Sans compter qu'il lui est impossible d'expliquer un phénomène, tel que la réception du droit romain en Allemagne, elle n'arrive pas à présenter une idée nette du droit coutumier, base essentielle de sa construction, en même temps qu'elle dénature la conception de la législation d'État. Au fond, l'État est une formation sociale de nécessité naturelle, qu'il est impossible de subordonner à la Coutume, et la puissance de l'État répond également aux exigences de la raison. Si l'on n'admet pas de principes de droit généraux et s'imposant, comme tels, à l'homme, on ne sort pas du cercle, on n'arrive pas à la source suprême, puisque la « conscience générale du droit », la « convic-

---

Erstes Kapitel. p. 120-145. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, Erster Teil, Achtes Buch, Drittes Kapitel, Erster Artikel, p. 469-475.

tion du peuple », ou la « coutume », entités impuissantes, auxquelles on veut tout ramener, auraient elles-mêmes besoin que leur autorité fût justifiée [1].

En face de ces conceptions, évidemment insuffisantes, favorisées seulement par l'attrait et la vogue du positivisme juridique [2], quelques modernes, reculant encore devant un franc retour à l'idée du droit naturel, ont cherché à caractériser la source profonde du droit comme un *a priori* purement formel de notre esprit [3]. A cette tendance se rattache, avant tout, le système du « *richtiges Recht* », de R. Stammler, — système, dont la portée générale excède de beaucoup le problème actuel [4], — et qui, s'efforçant à dépouiller le droit de tout contenu, pour le ramener à une forme pure, noie, en réalité, sa source profonde dans une formule impuissante à circonscrire, à engendrer et à imposer les règles nécessaires à la vie sociale [5]. — On en peut rapprocher la tentative de R. Lœning, en vue de fonder le droit sur le sentiment humain, tentative qui n'aboutit qu'à développer quelques considérations psychologiques, d'ailleurs vagues, sur la puissance suggestive et harmonisante de nos représentations, sans expliquer nettement l'origine du droit, ni justifier son caractère obligatoire, sans même arriver à lui faire sa place à part dans le domaine moral [6].

Il faut donc, en dépit qu'on en ait, chercher la source suprême du droit dans cette doctrine du droit naturel,

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Zweites Kapitel, p. 145-164. — *Moralphilosophie*. Erster Teil, Achtes Buch, Drittes Kapitel, Zweiter Artikel, p. 475-485.

2. Comp. ci-dessus, n° **75**, p. 31-39.

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 164.

4. Voy. ci-dessus, dans cette seconde partie, notre chapitre sixième (XI), n^{os} **98-114**, p. 127-190.

5. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Drittes Kapitel, § 1, p. 164-175.

6. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Drittes Kapitel, § 2, p. 175-180.

qui, pressentie déjà chez les anciens peuples orientaux, précisée par les philosophes grecs, reproduite chez des penseurs de Rome, tels que Cicéron, Quintilien, Sénèque, et adaptée par ses jurisconsultes aux besoins de la jurisprudence positive, développée encore par les Pères de l'Église, puis par les théologiens, canonistes ou autres juristes du moyen âge, s'est pleinement épanouie aux XVIIe et XVIIIe siècles, jusqu'à s'exaspérer dans le *Contrat social* et la Déclaration des droits de l'homme, n'a commencé d'être battue en brèche que sous l'influence du mouvement historique et philosophique du XIXe siècle, et, malgré tout, a persisté, principalement, il est vrai, — en dépit de quelques défaillances, — chez les philosophes et théologiens catholiques, mais, au fond même, chez l'ensemble des jurisconsultes contemporains, comme l'ont montré récemment les fougueux assauts de Bergbohm et de Neukamp[1]. — Il s'agit seulement, en relevant cette notion, toujours vraie et toujours féconde, du droit naturel, d'en fixer nettement le contenu et les contours, spécialement au regard du droit positif, surtout de la justifier philosophiquement, en la fortifiant par l'appoint de la révélation chrétienne, enfin de la défendre contre les objections, qui en ont ruiné le prestige auprès de beaucoup.

C'est à quoi V. Cathrein s'applique méthodiquement, et où l'on peut voir le centre de son effort, dans sa construction de la doctrine générale du droit et sa recherche de la source suprême de celui-ci[2].

146. — Le premier pas à faire, en ce sens, — et le plus

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Erster Artikel, p. 180-220. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 485-487. Comp. p. 539-549.

2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, p. 221-303. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Achtes Buch, Drittes Kapitel, Dritter Artikel, t. I, p. 485-514.

décisif pour bien circonscrire la portée du droit naturel et le défendre contre les déformations, qu'il subit même du fait de ses partisans, — consiste à préciser, aussi nettement que possible, sa notion, en vue de faire ressortir son rapport avec le droit positif. Cet effort vise, avant tout et presque exclusivement (s'agissant ici de distinguer la source dernière du droit), le droit naturel au sens objectif [1].

Ainsi envisagé, le droit naturel ne peut désigner qu'une somme de règles obligatoires pour toute l'humanité, en vertu de la nature elle-même et sans l'intervention de préceptes positifs, émanant, soit de Dieu, soit des hommes. Et, — si l'on écarte la morale générale pour ne retenir que le droit proprement dit, — il s'agirait seulement de règles se rapportant à la vie sociale des hommes (dans leurs relations respectives) et leur prescrivant d'attribuer à chacun le sien, suivant la signification fixée précédemment [2] et qui offre trois faces corrélativement aux trois sortes de justice. — Ces règles — dont il importe de limiter le domaine — se condensent dans ces deux préceptes : « tu dois donner à chacun le sien ; — tu ne dois faire tort à personne ». En dehors des préceptes eux-mêmes, seules, leurs conséquences, logiquement nécessaires, — indépendantes, d'ailleurs, aussi bien de toute révélation surnaturelle que de toute ordonnance positive, divine ou humaine, — telles que : « tu ne dois pas tuer injustement, ni voler, ni commettre d'adultère, ni porter de faux témoignage ; — tu dois payer tes dettes, rendre une chose prêtée, tenir les contrats régulièrement conclus, obéir à l'autorité légitime » — doivent être également comprises dans le droit naturel objectif [3]. — Strictement

---

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 221-222 (Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § I, *initio*). – *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 485, p. 487.

2. Voy. plus haut, p. 307 (n° **144**).

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 222-223. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 487-488.

contenu dans cette détermination, le droit naturel [au sens objectif] n'est pas seulement un droit idéal[1], ou qui doit être, mais un droit vrai, réellement existant, et en vigueur, alors même que les lois de l'État ne le consacreraient pas ou ne pourraient le sanctionner efficacement. Il est universel, c'est-à-dire valable pour tous les temps et tous les pays, et nécessaire dans les conditions où la raison le révèle, bien que la raison ne suffise pas à l'imposer, sans l'intervention d'une volonté supérieure, celle du Créateur et Moteur de toutes choses[2]. — Le droit positif, dérivé de ce droit naturel, conserve, à ses côtés, une place nécessaire, d'abord pour en préciser autoritativement les conclusions éloignées, souvent obscures, puis pour en déterminer de plus près les dispositions, considérées comme des exigences morales générales, suivant les circonstances concrètes, enfin pour lui assurer la sanction sociale nécessaire[3]. — En tout cela, le droit naturel n'apparaît pas seulement comme devant suppléer aux lacunes du droit positif, mais comme le sol, ou le fondement, sur lequel s'élève et se développe celui-ci, dont les dispositions de détail présentent une infinie variété[4].

Cette notion du droit naturel, au sens objectif, suffit à spécifier la notion du même droit, au sens subjectif, qui n'en est qu'un dérivé. Les droits subjectifs, au point de vue naturel, ne seront autre chose que les facultés, qui appartiennent immédiatement à chacun, sur le fondement du droit naturel objectif et d'après les rapports de fait donnés par la nature même, comme le droit de l'homme à sa vie, à son intégrité corporelle, à la liberté, à l'acqui-

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914 Première partie, p. 52-54 (n° 17).

2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 223-225. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 488-489

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 225-230. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 489.

4. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 230-231. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 489-490.

sition de la propriété, etc. Ces facultés ne se peuvent dégager que d'une étude attentive de la nature de l'homme, à la lumière de la simple raison, qui suffit à faire connaître les éléments complexes, délicats et harmonieux, du composé humain, l'origine divine, voire même — et indépendamment du secours de la révélation chrétienne — la sublime destinée de l'homme [1].

De tous ces développements il résulte que, si le droit naturel est l'objet principal de la philosophie du droit, il ne saurait se confondre avec cette discipline. Au vrai, il suffit de dire que le droit naturel consiste dans les principes généraux de droit, innés en tous les hommes, sans que chaque homme puisse être considéré pour cela comme un philosophe du droit [2].

147. — La justification philosophique du droit naturel, — inconsidérément niée par ceux qui la rejettent de parti pris (tel BERGBOHM) [3], — ressort, principalement et avant tout, du concept même, qui vient d'en être fixé.

L'expérience et la réflexion suffisent à nous faire voir comme des exigences impérieuses de la raison pratique, et en dehors de la pure appréciation subjective, les règles du droit objectif tendant à assurer à chacun le sien et à empêcher de faire tort à personne [4]. Et, si nous mettons la Société en face de ses membres individuels, nous apercevons sans peine ce que l'une et les autres peuvent, — indépendamment de toute législation positive, voire même de la libre volonté de l'homme, — revendiquer, à titre de droits subjectifs, comme leur revenant, suivant la triple

---

1. V. CATHREIN, *Recht. Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 231-235. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 489.

2. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 235-236.

3. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 236.

4. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, II-1, p. 238-243. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 490-491.

distinction des justices, légale, commutative, distributive [1]. — La notion du devoir conduit au même résultat. L'homme, ayant, de par la loi naturelle établie par Dieu, de nombreux et complexes devoirs à remplir, n'étant pas simplement dirigé et protégé comme les animaux sans raison, par ses impulsions instinctives et par la force aveugle, mais doué de raison et de liberté, a besoin, pour satisfaire à ses devoirs et accomplir sa destinée, d'un droit supérieur aux arrangements humains [2].

Le droit naturel est d'ailleurs, le fondement indispensable du droit positif, puisque, sans lui, on ne conçoit aucune autorité régulière, ni la protection juridique, dont l'État est l'instrument nécessaire [3].

Ajoutons encore que la négation du droit naturel se condamne elle-même par les conséquences absurdes auxquelles elle conduit [4]. Sans droit naturel, aucune appréciation rationnelle ne peut être portée sur la justice des lois humaines, non pas même sur leur régularité formelle [5]. Sans droit naturel, le droit international ne se conçoit pas [6]. Sans droit naturel, on ne saisit pas le sens des discussions constamment soulevées sur les droits à reconnaître aux nations ou aux individus ; on ne comprend pas davan-

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, II, 2, p. 243-250. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 491-495.

2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, III, p. 250-252. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 495-496.

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, IV, p. 252-257. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 496-499.

4. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 257. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 499.

5. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel. § 2, V, 1, p. 257-262. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 499-501.

6. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, V, 2, p. 262-264. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 501-502.

tage d'après quelles bases le juge pénal usera de la latitude, que lui laissent les législations contemporaines, quant à l'application des peines[1].

Finalement, le droit naturel apparaît absolument nécessaire, pour maintenir, au-dessus de tout arbitraire, l'ordre indispensable à la vie et au développement de la communauté humaine[2]. — Toute cette démonstration, poursuivie sur un terrain strictement philosophique, n'est, d'ailleurs, pleinement décisive, — notre auteur le laisse entendre[3], — que si l'on admet une conception du monde (*Weltanschauung*), nettement dualiste et théiste, que CATHREIN n'hésite pas à considérer comme imposée par la seule raison naturelle[4]. Il s'en déduit qu'une loi positive, qui contredirait le droit naturel, n'est pas une vraie loi et n'oblige personne[5].

Au surplus, la justification philosophique du droit naturel rencontre, d'après CATHREIN, une confirmation précieuse, pour le catholique, dans la doctrine constante de la révélation chrétienne. Il en résulte, d'une part, que le principe d'un droit naturel objectif, indépendant des prescriptions humaines, et supérieur à elles (même à celles de l'Église), réellement existant, universel et

---

1. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, V, 3, p. 264-268. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 502.

2. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, I, p. 236-238. — *Adde : Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 503.

3. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 236, p. 240, p. 246, p. 250-251, p. 254-255; et surtout p. 247, texte et note 1, p. 248, texte et note 1, p. 249. — *Adde :* p. 303, note 1. — Voy. aussi : *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 494, p. 505.

4. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 515-516. — Comp V. CATHREIN, *Die katholische Weltanschauung in ihren Grundlinien mit besonderer Berücksichtigung der Moral*, Freiburg-i.-B., 2 A., 1909, Erstes Buch, p. 5-171, *passim*.

5. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 259-260. Comp. p. 206-207, p. 270. — *Adde :* p. 299-303.

immuable, a toujours été affirmé par l'Église; d'autre part, que celle-ci a proclamé, comme en découlant, des droits subjectifs naturels, parmi lesquels des Encycliques ou autres déclarations de Pie IX, Léon XIII, Pie X, ont signalé notamment le droit de l'autorité publique, les droits résultant de la société familiale, même des droits individuels, comme le droit de se marier ou de ne pas se marier, le droit de propriété privée, le droit issu des rapports entre employeurs et ouvriers [1].

148. — Reste à discuter quelques objections, formulées contre le droit naturel, et qui ne paraîtraient pas pleinement dissipées par les explications qui précèdent [2] :

1° On a dit notamment — c'est le grief capital de l'École historique — que ce concept d'un droit de la raison, réel, universel, immuable et dominant tout droit positif, annihilerait la vie du droit, qui, à l'image de la langue, se développe organiquement avec le peuple. — L'objection n'a de portée que si, à l'exemple des rêveurs du XVIIIe siècle, on voit, dans le droit naturel, tout un ensemble d'abstractions arbitraires et creuses, au moyen desquelles, sur le fondement d'une nature humaine artificiellement interprétée, se prétendrait construire un système, complet et détaillé, de droit public et privé. Elle ne saurait condamner le droit naturel, réduit, ainsi qu'il doit l'être, à des principes généraux, clairs par eux-mêmes, et à leurs conséquences nécessaires, laissant, par suite, la place ouverte à mille applications et compléments variables suivant la diversité des rapports et des faits concrets [3].

---

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 3, p. 268-277.
2. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 4, p. 277-303. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Achtes Buch, Drittes Kapitel, Dritter Artikel, § 3, t. I, p. 503-514.
3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 277-279. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 503-504.

2° Faut-il croire, pourtant, que le droit naturel mettrait obstacle au développement du droit positif, le rendrait inutile ou même impossible? — Toute l'évolution historique du droit (notamment chez les Grecs et les Romains) proteste contre cette idée. Elle est, d'ailleurs, condamnée par la simple considération, que les principes généraux, inscrits par Dieu dans le cœur de l'homme, même en y ajoutant leurs conclusions nécessaires, ne sauraient régir, de façon suffisamment précise et concrète, les détails de la vie sociale : on s'en rend aisément compte en poussant, jusqu'aux exigences de la pleine application pratique, des règles de droit naturel, comme celles qui commandent d'obéir à l'autorité, d'observer les contrats régulièrement conclus, etc. Sans compter que le droit positif complète le droit naturel, par exemple, quand il ordonne ou défend, dans l'intérêt du bien public, des actions indifférentes, au point de vue du pur droit naturel. Bref, « le droit positif prend, pour ainsi dire, le droit naturel, en soi, pour en tirer les conséquences [même lointaines] et déterminer de plus près ce que le droit naturel ne contient qu'en général. Sur ce dernier terrain notamment, le droit positif a un large jeu ; ici, peut se faire valoir, dans le champ le plus vaste, le caractère propre des différents peuples suivant le temps et les circonstances ; ici aussi, un développement est parfaitement possible »[1].

3° Dira-t-on encore, avec Stahl, que le droit naturel n'est pas un vrai droit, parce qu'il n'a ni la précision nécessaire ni la force obligatoire du droit? — Cette observation ne peut passer pour nouvelle, au regard de ce qui précède, qu'en tant qu'elle ferait reposer la morale (comprenant le droit naturel) sur un sentiment universel et subjectif, pour l'opposer au droit, seul fondé sur un prin-

---

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 279-283. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 504-506.

cipe objectif et national. Mais il est tout à fait erroné de ramener les bases de l'ordre naturel et moral à une appréciation purement subjective, aussi bien qu'il est fort téméraire de lui opposer l'ordre juridique, comme devant reposer sur un principe national, qui pût contredire les prescriptions de la loi naturelle[1].

4° Mais le principal argument et, si l'on peut dire, l' « Achille », des partisans du positivisme juridique, contre le droit naturel, consiste à soutenir que celui-ci ne se prête pas aux exigences de la vie juridique, notamment en ce que, faute d'objectivité, de reconnaissance générale, de précision, il serait franchement inapplicable pour l'autorité investie de la mission de « dire le droit » aux citoyens. — Afin de répondre pleinement à l'objection, CATHREIN distingue entre la position du juge suprême, ou législateur, et celle des juges proprement dits. Le législateur, qui dit le droit de façon abstraite, doit, incontestablement et avant tout, avoir égard au droit naturel, que lui suggère un sentiment instinctif; il doit savoir, d'ailleurs, que la loi, qu'il établirait en contradiction des exigences de la justice naturelle, n'aurait que l'apparence d'une loi, serait nulle et sans force obligatoire. Quant aux véritables juges, simples fonctionnaires de l'État, qui, en vertu d'une sorte de contrat (de fonction publique), ont à décider les litiges d'après les lois positives, ils ne doivent sans doute jamais juger à l'encontre de celles-ci. Cela n'empêche pas que le droit naturel ait, pour eux, sa valeur, comme base indispensable de tout le droit positif, pour les assurer et les diriger dans l'application de celui-ci. Si, de plus, ils sont convaincus de l'injustice manifeste d'une loi positive, ils ne doivent pas coopérer à son application, mais plutôt, s'il le faut, se démettre de leur fonction. Toute autre attitude, de leur part, risquerait

1. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht,* 2 A., 1909, p. 283-285. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 506-507.

de ruiner l'ordre social, sous le fallacieux prétexte de le garantir. — Que si, maintenant, l'on pose la question des lacunes du droit positif, il faut, pour la résoudre, distinguer entre le droit pénal et le droit civil. En droit pénal, dans l'état de notre civilisation actuelle et de notre législation criminelle très développée, il ne saurait être question de recourir au droit naturel comme droit subsidiaire; les principes suprêmes de la pénalité moderne l'interdisent. La solution sera tout autre dans l'administration de la justice civile, où l'équité naturelle a sa place nécessaire, pour subvenir à l'insuffisance de la loi positive[1].

A ces critiques contre le droit naturel, développées depuis SAVIGNY, des jurisconsultes contemporains, en tête desquels il faut placer BERGBOHM, ont prétendu en ajouter d'autres, dont l'examen ne peut que ramener le rappel des explications précédemment données[2]. BERGBOHM, notamment, nous apparaît constamment pénétré de cette fausse supposition, que le droit naturel repose sur une conviction purement subjective, alors qu'il ne consiste qu'en principes de raison, d'une certitude et d'une valeur objectives égales à celles des plus hauts principes de la pensée, sur lesquels reposent toutes les sciences[3]. Et, quand cet auteur condamne les conséquences destructives du droit naturel, il méconnaît l'influence civilisatrice des défenseurs héroïques de la justice contre le pouvoir de fait; bien plus, il ne semble pas avoir conscience de la véritable impossibilité morale, qui, en des cas extrêmes, arrête, d'elle-même, la mise à effet de lois d'une criante injustice[4].

1. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 285-293. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 507-510.

2. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, § 4, II, p. 293-303. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 510-514.

3. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p 294-297 et 299. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 511-513.

4. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 298-303. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 513-514.

149. — Cette théorie du droit naturel, érigée en source suprême du droit, marque déjà nettement le rapport intime de celui-ci avec la morale.

CATHREIN insiste encore sur ce rapport, pour combattre la doctrine, proposée par KANT et souvent professée après lui, suivant laquelle le droit devrait être soigneusement séparé de l'ordre moral, dont il différerait par son but, son objet, son fondement et sa source, de façon à constituer, suivant les positivistes du droit, une discipline, douée de caractères propres et devant échapper à toute appréciation morale[1]. — Tout au rebours, pour CATHREIN, le droit est une partie essentielle de l'ordre moral. Cela résulte, à la fois, du concept de l'ordre moral, dont se dégage l'ordre juridique, et de l'analyse de ce dernier, qui aboutit nécessairement à l'ordre moral, soit qu'on envisage le droit objectif, dérivé de la loi naturelle de moralité, soit que l'on considère le droit subjectif, effet d'une loi morale et impliquant devoir corrélatif. Le but du droit, tendant à assurer à l'homme l'indépendance et la liberté, dont il a besoin pour remplir sa destinée, nous le montre également imprégné d'élément moral[2].

L'ordre juridique appartient donc à l'ordre moral, dont il constitue une partie subordonnée[3]. Et, si la simple « légalité » paraît lui suffire, le sentiment et la volonté sont loin d'y rester étrangers ; de même, qu'à l'inverse, la coaction, caractéristique du devoir juridique, ne manque pas absolument au devoir purement moral[4]. — Que si

---

1. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht,* 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Fünftes Kapitel, § 1, p. 303-308. — Comp. *Moralphilosophie,* 4 A., 1904, t. I, p. 514.

2. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht,* 2 A., 1909, Dritter Abschnitt, Fünftes Kapitel, § 2, p. 308-314. — *Moralphilosophie,* 4 A., 1904, t. I, p. 516 517. Comp. p. 515-516.

3. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht,* 2 A., 1909, p. 314. — *Moralphilosophie,* 4 A., 1904, t. I, p. 517-518.

4. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht,* 2 A., 1909, p. 315-318. — *Moralphilosophie,* 4 A., 1904, t. I, p. 518-519.

l'on a pu reprocher au droit subjectif, de heurter parfois, dans son absolu, les exigences morales, cette antinomie apparente se résout aisément, en séparant du droit lui-même son usage, et en observant que — l'ordre juridique n'étant qu'une partie de l'ordre moral — l'abus d'un droit légitime peut être, en tout cas, moralement, sinon, quelquefois même, juridiquement condamnable [1].

Ce rattachement du droit à la morale condamne la distinction, prônée par certains juristes modernes, entre droit formel et droit matériel [2]. — En revanche, il confirme tout à fait la doctrine, si fermement maintenue par Cathrein, suivant laquelle une loi positive contraire au droit naturel ne saurait avoir force obligatoire [3].

Telle est, dans son ensemble, — et en laissant à part quelques distinctions du droit bien connues et, d'ailleurs, peu notables [4], — la doctrine générale du droit, du R. P. V. Cathrein, s. j., qui constitue, pour nous, la partie capitale de toute son œuvre de philosophie morale. — Elle tend essentiellement à affirmer, sous le nom de droit naturel, l'existence, réelle et effective, de règles, suggérées par la raison interprétant la nature, et qui ont pour objet exclusif d'assurer, dans les rapports respectifs des hommes, l'attribution à chacun du sien, déterminé en tenant compte de la vie de l'homme en société, suivant les exigences des diverses sortes de justice, commutative, légale, distributive, avec un caractère impératif, tenant à la volonté de Dieu, dont elles émanent

---

1. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 318-320. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 519-520.

2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 521-522.

3. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 320-323.

4. Sur les divisions principales des droits subjectifs, voy. : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 550-554. — Et, sur celles du droit objectif : *ibid.*, p. 534-539. — Notez, seulement, à ce propos, l'explication de la force obligatoire de la coutume, que Cathrein ne trouve que dans la volonté (par approbation), expresse ou tacite, du législateur. *Ibid.*, p. 537.

en dernière analyse. — Ce droit naturel, — réduit à un petit nombre de préceptes, évidents pour tous, et, dans cette mesure, nécessaires, — universel et immuable, — domine le droit positif, qui conserve, à ses côtés, toute sa propre raison d'être, tant pour mettre en valeur effective le droit naturel, que pour suffire aux exigences, — diverses suivant les pays et variables suivant les époques, — de la vie pratique de l'humanité.

II

150. — Mais cette doctrine générale, — que j'ai tenu à exposer un peu minutieusement, en suivant pas à pas et résumant aussi exactement que possible les développements de l'auteur, — resterait sans vie et dépourvue de la portée pratique, que sollicite ici notre but, si nous ne cherchions — du moins sous une forme sommaire — à l'éprouver et, en quelque sorte, à l'illustrer, suivant la pensée même de V. CATHREIN, par le moyen de quelques-unes des adaptations, qu'il en a faites, dans la partie spéciale ou appliquée de sa *Philosophie morale* [1], dont l'objet propre est de mettre en œuvre, pour les diverses circonstances ou situations que présente la vie de l'homme, ce précepte suprême de la loi naturelle, où se ramassent toutes les conclusions de la partie générale de l'œuvre : « *Observe l'ordre, qui t'est assigné comme être raisonnable dans tous les rapports où tu te trouves* » [2].

En cet exposé très rapide des applications de la théorie générale de V. CATHREIN, je laisse à part tout ce qui concerne la morale proprement dite (devoirs de l'homme

---

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie,* 4 A., 1904, t. II, Zweiter Teil : Besondere oder angewandte Moralphilosophie.

2. V. CATHREIN, *Moralphilosophie,* 4 A., 1904, Zweiter Teil, Vorbemerkung, t. II, p. 1-2.

envers Dieu, envers lui-même et envers les autres, sauf la justice), et je ne retiens que ce qui touche spécifiquement le droit. Même dans le domaine ainsi restreint, je négligerai, *brevitatis causa*, les développements notables se référant au droit public ou international[1], pour signaler seulement quelques-unes des thèses ressortissant plus nettement au droit privé.

Bref, — et sans attacher une importance, indifférente pour notre but, à la classification, d'ailleurs fort judicieuse et intéressante en soi, des devoirs ou droits détaillés par V. Cathrein[2], — je voudrais seulement, à titre d' « exemplification » et d'une façon toute pratique, relever certaines conclusions essentielles, de son droit naturel appliqué, relativement aux objets suivants : **A**) les droits individuels de la personnalité ; **B**) la propriété individuelle et ses modes d'acquisition principaux ; **C**) le droit de succession ; **D**) les contrats privés en général ; **E**) le mariage considéré comme fondement de la famille.

151. — **A**. — Il y aurait peu de chose à signaler touchant les droits individuels de la personne humaine, — que V. Cathrein fait sortir des conditions nécessaires à l'homme pour accomplir, conformément à l'ordre providentiel, ses devoirs proprement moraux, — et qu'il lui reconnaît comme droit à la sécurité de sa personne et de sa vie, droit à sa réputation et à son honneur, droit à la liberté sous ses divers aspects[3], — si, examinant plus loin le problème de l'esclavage[4], il n'était amené, sur ce sujet, à des réserves,

1. Voy. notamment : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Zweite Abteilung, Zweites. drittes Buch, t. II, p. 451-729.
2. Voy. notamment : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Erste Abteilung, Erstes, zweites, drittes Buch, t. I, p. 3-116.
3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Erste Abteilung, Drittes Buch, Zweites Kapitel, Erster Artikel, t. II, p. 91-98.
4. Dans son étude de la famille, à propos du rapport juridique entre maître et serviteurs, dont il fait une partie intégrante du droit de

qui semblent compromettre gravement la notion pleine de liberté, suivant nos conceptions modernes.

Sans doute, Cathrein réprouve, comme manifestement contraire au droit naturel, un esclavage, qui dénie tous droits à l'esclave et le livre au maître, à titre d'instrument sans volonté ou de propriété matérielle, comme simple moyen pour le but d'autrui ; mais il tient pour tolérable, quoique assurément peu désirable, et déclare, en tout cas, non directement contraire au droit naturel, une forme adoucie d'esclavage, consistant en ce qu'un homme devrait, toute sa vie durant, travailler pour l'utilité et à la volonté d'un autre, sans recevoir de dédommagement que l'entretien indispensable à son existence, les droits essentiels de l'homme en vue de sa fin suprême étant saufs en pareil cas.

Ceci posé, et après avoir signalé comme sources juridiques de l'esclavage, dans la mesure où on l'admet et suivant des traditions historiques qu'il ne discute pas, le contrat, la prise de guerre, une condamnation judiciaire, la vente, l'engagement pour dettes, il arrive à se demander si la naissance est, pour les enfants d'esclaves, un titre justifiant la condition servile. — Or, en dépit des difficultés que soulève cette question du point de vue du droit naturel, il la résout affirmativement, manifestant une approbation facile pour les raisons, assez variées et souvent équivoques, produites en ce sens.

Cette position l'amène — tout en réprouvant énergiquement les razzias et la traite des noirs, telles que les pratiquent les Arabes — à déclarer tolérable, voire même *intérimairement et provisoirement* nécessaire, l'esclavage domestique pratiqué chez les nègres de temps immémorial [1].

---

famille. *Moralphilosophie*, Zweiter Teil, Zweite Abteilung, Viertes Kapitel, Zweiter Artikel, 4 A., 1904, t. II, p. 438-451.

1. Voy. surtout : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 439, p. 445-451.

152. — **B.** — Le problème de la propriété individuelle — considéré surtout du point de vue du droit naturel — est, de la part de V. Cathrein, l'objet d'une étude approfondie [1], que je ne puis que résumer à grands traits, en insistant seulement sur ses conclusions positives.

Cathrein commence, suivant sa méthode habituelle, par fixer la notion de la propriété, qu'il envisage sous sa forme la plus large. C'est, sur les choses et prestations appréciables en argent, le droit qui, conformément à l'idée la plus stricte de la justice commutative, permet à une personne de réclamer ou d'employer exclusivement quelque objet comme sien. — Cette notion embrasse tous les droits patrimoniaux, droits de créance aussi bien que droits réels. Parmi ceux-ci, il faut, indépendamment de nombreuses variétés de propriété [2], distinguer les droits réels complets ou incomplets, et mettre à part ceux qui, portant sur la chose d'autrui, démembrent la pleine propriété [3]. Il y a lieu, aussi, de séparer du droit lui-même la simple possession, douée d'effets juridiques à elle propres [4].

Ces définitions et précisions établies, Cathrein développe une critique étendue du socialisme dans son ensemble, pris surtout sous l'aspect d'une mise en communauté étatique des moyens de production, puis, plus spécialement, du socialisme agraire [5]. — Après avoir dévoilé et détruit ces utopies, il arrive à rechercher une ferme justification positive de la propriété privée. Et, ayant exposé et rejeté, comme inacceptables, les théories, qui prétendent fonder exclusivement la propriété indivi-

---

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Erste Abteilung, Viertes Buch, Kap. I-IV et Kap. V, Erster Artikel, t. II, p. 116-329.
2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 122-124.
3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 116-120.
4. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 120-122.
5. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Erste Abteilung, Viertes Buch, Zweites, drittes Kapitel, t. II, p. 124-285.

duelle sur la personnalité humaine, sur le contrat, sur la loi positive, sur le travail, ou sur des bases purement économiques[1], il présente le système, qui, tant au point de vue du droit naturel qu'à celui de l'économie, lui paraît seul admissible. Aux yeux de CATHREIN, la propriété se justifie, par sa « nécessité moyenne pour le développement prospère tant des individus et des familles que de toute la société humaine. Et cette nécessité a son fondement dans la nature humaine, telle que nous la connaissons en fait d'après l'expérience, avec tous les besoins et toutes les forces, les bons et les mauvais penchants que manifeste la moyenne des hommes »[2]. — Le sens de cette théorie n'est pas que la propriété privée, encore moins la propriété strictement individuelle, doive exclusivement exister. Les communautés, familles, communes, États, peuvent avoir besoin de la propriété, et devront en être investis. Les limites entre la propriété privée et la propriété publique peuvent varier suivant les circonstances de temps et de lieu. Il est seulement nécessaire que la propriété privée existe *aussi*, et cette nécessité augmente, en moyenne, avec l'accroissement de la division du travail et de la civilisation. On ne saurait, d'ailleurs, déterminer, de façon générale, dans quelle mesure exacte doit se développer la propriété privée. Il faut ici laisser large place à la coutume[3].

Mais, pour fixer précisément jusqu'à quel point le droit de propriété est fondé en droit naturel, il y a lieu de distinguer : α) l'institution même de la propriété, — c'est-à-dire l'existence du fait de la propriété privée avec les droits qui s'y rattachent, — qu'il serait déraisonnable et contraire au droit naturel de vouloir écarter totalement, alors, qu'en l'état actuel des choses, elle apparaît absolu-

---

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 285-291.
2. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 291.
3. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 291-292.

ment indispensable au développement de la société humaine; β) le droit (ou la faculté) d'acquérir la propriété, que présuppose l'institution ci-dessus et qui résulte de la libre activité générale de chacun; γ) le fait d'acquisition, basé sur le droit précédent (β), fait, qui, devant être apte à fonder l'appartenance d'une chose déterminée à une personne déterminée, rencontre son type primordial dans l'occupation, soit la prise de possession, de biens susceptibles de propriété et non appropriés, avec l'intention d'en faire sa propriété privée, manifestée de façon suffisante et permanente[1].

Sur ces prémisses, nettement constituées, il s'agit de démontrer positivement la nécessité, antérieurement présupposée, de la propriété privée. Dans ce but, CATHREIN allègue : 1° l'impossibilité morale de toute autre organisation de propriété; 2° le témoignage de l'histoire de la propriété; 3° une série de motifs rationnels, savoir que : *a*) la propriété privée peut seule unir l'ordre avec la liberté dans la vie sociale; *b*) elle est la plus sûre garantie de la paix dans la société des hommes; *c*) la perspective d'une propriété privée durable pousse l'homme au travail de façon permanente, pour le plus grand bien de l'individu et de la société; *d*) la nécessité de la division du travail montre la propriété privée indispensable; *e*) l'intérêt de la famille ne l'exige pas moins; *f*) de même, le progrès de la civilisation; *g*) la propriété privée assure aussi la moralité générale suivant les vues de la philosophie la plus élevée[2].

La démonstration se complète et se précise par la justification, comme mode d'acquisition originaire, de l'occupation, que ses conditions bien fixées défendent contre les objections qu'on lui a adressées, et qui n'a d'équiva-

---

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 292-293.
2. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 293-302.

lents, ni dans le contrat, ni dans le travail, — impuissants, à eux seuls, à créer la propriété [1].

Il suffit de compléter quelque peu ces explications, pour résoudre sans peine certaines difficultés accessoires, soulevées autour du problème de la propriété, comme par exemple : 1° la question de savoir, si ou dans quelle mesure la propriété est de droit humain ou de droit naturel ; 2° si et comment elle est absolue ? 3° quel est son but individuel ou social ? 4° telles influences de la morale générale sur la théorie de la propriété, notamment dans l'état de nécessité ou par l'obligation de la bienfaisance ; 5° les droits du monarque sur la propriété des sujets (domaine éminent ? — droit de juridiction) ; 6° l'objection tirée de l' *« unearned increment »* [2].

Cathrein confirme le principe de sa thèse par la doctrine des Pères de l'Église et des théologiens ; il lave les premiers du reproche de socialisme, qu'on leur a souvent adressé ; il montre que les autres — et, en première ligne, saint Thomas d'Aquin (par sa théorie du *jus gentium*) — ont nettement rattaché la propriété au droit naturel, un petit nombre d'eux seulement (Suarez, Lessius, Laymann) n'y ayant vu qu'une convenance sociale plutôt qu'une véritable nécessité [3].

Il aborde ensuite la question du droit d'auteur ou de la propriété intellectuelle, dans laquelle certains (par ex. Wagner) ont prétendu trouver des armes en faveur de la théorie *légale*, qui regarde le droit de propriété comme une pure création de la puissance publique. — Après avoir rappelé l'origine historique du droit d'auteur et signalé les problèmes théoriques qu'il suscite, Cathrein n'hésite pas, — toutes réserves faites sur la question de mot, — à y voir une véritable propriété, au sens exact du

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 302 308.
2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 308-313.
3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 313-321.

terme, portant sur la forme concrète, qui enveloppe le contenu de la production littéraire, artistique, industrielle, et en laquelle ce contenu est susceptible de reproduction mécanique. Ce n'est pas là, pour lui, une pure création du droit positif. — Le droit naturel consacre le principe du droit d'auteur, par cette double considération, que, de droit naturel : *a*) chacun peut prétendre exclusivement au produit de son travail ; *b*) tout propriétaire peut, en cédant sa chose, y mettre telles réserves qu'il lui plaît. Or, l'auteur ou l'éditeur ne font pas autre chose, quand ils offrent au public les exemplaires de l'œuvre publiée, sous la condition que ces exemplaires ne soient pas employés à une reproduction ultérieure. — Aussi, faut-il dire que, si l'œuvre publiée tombe dans le domaine public quant à son contenu, elle reste à la seule disposition de l'auteur, ou de ses ayants cause, quant à la forme, qui contient le principe de son droit exclusif. Ce droit n'est donc pas un monopole concédé par la puissance publique, encore que le législateur ait à en réglementer la mise en œuvre, dans l'intérêt du bien commun, surtout quand il s'agit du droit des inventeurs dans le domaine industriel [1].

Cathrein termine sa théorie de la propriété, en ajoutant quelques explications sur les modes dérivés de l'acquérir, soit par les différents procédés d'accession, que règlent les législations modernes sur le modèle des lois romaines, soit par la tradition, dont la justification, en droit naturel, repose sur la libre disposition du propriétaire conforme à l'intérêt tant privé que social, soit par l'usucapion ou prescription acquisitive, que Cathrein ne reconnaît légitime que moyennant la bonne foi, dont la nécessité sociale ressort de la raison, mais qui exige, ne fût-ce que pour la précision du délai qu'elle requiert (et

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 321-326.

sauf le cas de possession immémoriale), une certaine réglementation positive[1].

153. — C. — Les modes dérivés d'acquérir la propriété nous conduisent au droit de succession[2]. — Celui-ci se présente comme le canal destiné à faire passer régulièrement la propriété des morts aux vivants. Il a, d'ailleurs, un champ d'application plus large, puisqu'il comprend les charges du défunt, en même temps que ses biens et droits. D'autre part, il n'est pas sans lien avec l'organisation de la famille. — Le transfert, qui en résulte, a lieu, tantôt par disposition de la volonté expresse du défunt (soit unilatérale, par testament, soit bilatérale, par *donatio mortis causa* ou contrat d'hérédité), tantôt *ab intestat*, suivant la volonté présumée du défunt, interprétée par la loi positive[3].

A l'objection, que soulevait PUFENDORF du point de vue du droit naturel, et tirée de l'impossibilité où l'on est de trouver dans la succession après décès les éléments d'une rencontre valable de volontés opérant d'un coup transfert de propriété des biens héréditaires, il n'a été suffisamment répondu, ni par LEIBNIZ faisant valoir l'immortalité de l'âme, qui ne saurait expliquer le maintien, après la mort, des droits ne servant à l'âme que dans son union avec le corps, ni par des écrivains plus récents proposant de voir dans la famille le véritable titulaire de la propriété, alors que la raison, aussi bien que les règles morales ou juridiques, admises par tous, empêchent de reconnaître une copropriété de famille avec ses conséquences logiquement nécessaires. — Il faut, pour repousser victorieusement la critique de PUFENDORF, déclarer que la

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 326-329.
2. Là-dessus, voy. : V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Erste Abteilung, Viertes Buch, Fünftes Kapitel, Zweiter Artikel, t. II, p. 329-342.
3. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 329-330.

succession après décès n'est pas un transfert de propriété comme les autres et dire que, si la disposition testamentaire (expresse ou tacite) du *de cujus* doit valoir après sa mort, il y a là une exigence de droit naturel, parce qu'elle est contenue dans le droit de propriété ou qu'elle résulte nécessairement de sa destination [1]. C'est ce que démontre la considération du triple but de la propriété privée, aiguillon nécessaire au travail pour l'individu, assiette économique de la famille, instrument de paix et de justice dans la société plus vaste. Aucun de ces buts ne serait pleinement atteint sans l'hérédité [2].

Toutefois, on pourrait penser que les observations, qui précèdent, ne justifient qu'un droit de succession *ab intestat*, au profit de la famille, avec ses conséquences logiques, parmi lesquelles figurerait l'exclusion, ou, du moins, une grande restriction du testament. — Il n'en est rien. Car les parents (et, en première ligne, le père) étant les fondateurs et les législateurs naturels de la famille, c'est à eux qu'il appartient, d'abord, de décider du sort de leur patrimoine pour après leur décès. Et, ce n'est qu'à défaut de disposition expresse en ce sens, que doit intervenir la désignation des héritiers, d'après la volonté probable du défunt et les relations ou devoirs de famille [3]. — Au surplus, le droit naturel de tester se justifie aussi par la difficulté d'organiser rationnellement, sans cette base, la succession *ab intestat* des célibataires ou des personnes mortes sans descendants, et par l'utilité sociale des dispositions testamentaires, notamment sous forme de fondations [4].

Il résulte de tout cela que la puissance publique, par la voie de la législation positive, doit protéger la liberté de

---

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 331-332.
2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 332-334.
3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 334-335.
4. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 335-336.

tester, en la réglementant suivant les exigences de la justice naturelle, eu égard aux nécessités de temps ou de lieu, et, pour le cas où tout testament ferait défaut, organiser, de façon précise, la succession légale d'après les mêmes vues, afin de mettre en la main du juge des règles claires et non équivoques, pour trancher les différends successoraux[1]. — Il y a donc, ici, une large place, à côté des directions du droit naturel, pour les considérations politiques ou économiques, qui interviennent dans ce problème législatif du droit de succession.

Se plaçant, finalement, à ce point de vue, CATHREIN, entre les opinions extrêmes proposées pour la liberté absolue de tester ou en faveur de son entière restriction, préfère une solution moyenne, qui, — toutes réserves faites quant aux circonstances particulières des cas et quant aux coutumes établies, — admettrait, au profit des enfants, une réserve héréditaire modérée, établie en valeur, le surplus de sa fortune restant à la libre disposition du père de famille. — En ce qui touche la succession *ab intestat*, — et sauf coutumes bien établies en sens contraire, — il recommanderait l'égalité entre enfants, plutôt que la consécration de privilèges, toujours quelque peu arbitraires en dehors d'une volonté testamentaire expresse[2].

154. — **D**. — La théorie des contrats, que CATHREIN étudie à la suite de la théorie générale de la propriété[3],

---

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 336. — Sur les nullités de forme du testament et leur portée exacte en droit naturel, voy. : *ibid.*, t. II, p. 337.

2. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 338-342. — Il est intéressant d'observer que la succession *ab intestat* ne soit pas *généralement* considérée comme *de droit naturel* en dehors de la ligne directe. Voy. nettement en ce sens restrictif : Th. MEYER, s. j., *Institutiones juris naturalis*, Friburgi-Brisgoviæ, t. II, 1900, n° 206, *in fine*, p. 198.

3. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Erste Abteilung, Fünftes Buch, t. II, p. 342-375.

présente moins de difficultés capitales, sous le rapport du droit naturel.

Le point principal consiste — après avoir posé la définition du contrat : jonction des volontés de deux ou plusieurs personnes par rapport à une chose ou à une prestation et en vue d'obligation — à préciser le fondement de la force juridique de pareil acte. — Rejetant, comme insuffisante et basée sur un cercle, l'opinion des positivistes du droit, qui font simplement dériver cette force juridique de l'État ou de la coutume, CATHREIN prétend compléter l'explication de R. von JHERING, tirée du bien général ou de la nécessité des engagements contractuels pour le jeu de la vie sociale, et rattacher l'efficacité positive de ces engagements à la justice, en considérant que ceux-là, du moins, qui obligent réciproquement les contractants, se ramènent à un accord de volontés en vue du transfert, de l'un à l'autre, du mien et du tien En réalité même, l'analyse fait aisément découvrir semblable résultat au fond de tout contrat, réserve faite seulement de la promesse qu'une personne consentirait, par pure bonté, en faveur d'une autre, laquelle oblige par fidélité plutôt que par justice [1]. — Ceci acquis, les propriétés (*die Eigenschaften*) et les conditions (*die Erfordernisse*) des contrats se déterminent aisément à l'aide du simple raisonnement [2]. Et les divisions s'en établissent suivant leur forme, leur contenu, ou les circonstances de leur conclusion [3]. — Parmi les nombreux contrats, qu'offre la pratique de la vie juridique, quelques-uns seulement prêtent à des observations particulières de droit naturel, souvent mélangées, d'ailleurs, de considérations économiques ou politiques [4].

Le prêt à intérêt, dont la licéité a été si longtemps dis-

---

1. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 342-344.
2. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 344-346.
3. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 346-348.
4. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Erste Abteilung, Fünftes Buch, Zweites Kapitel, t. II, p. 348-375.

cutée, se justifie par la possibilité, à peu près générale aujourd'hui, de participer, avec l'argent, à toute entreprise procurant un gain, et, par suite, de se servir de l'argent pour obtenir un gain. Pareille possibilité permet au prêteur, sans léser la justice, d'exiger, en plus de la restitution de la valeur prêtée, un dédommagement pour le gain, qu'il en aurait pu obtenir pendant la durée du prêt. Et, c'est par le changement des conditions sociales et économiques, d'où est provenue cette possibilité, qu'il faut s'expliquer le mouvement d'idees, qu'on observe chez l'ensemble des philosophes ou économistes, et la modification même des positions successivement prises par l'Église dans cette question [1].

Dans le contrat de travail, — simple variété du louage (portant ici, non sur une chose, mais sur des qualités personnelles), contrat, qu'imposent les faits et que ne peut remplacer complètement la société, il y a lieu de considérer que le travailleur, mettant à la disposition (par location) du patron sa force inséparable de sa personne, la justice (et non pas seulement la charité) exige, qu'aussi bien, dans le mode et la façon d'user de cette force personnelle, que dans sa rémunération, on ait égard à la personne du travailleur, à son âme comme à son corps, à sa destinée immortelle, et à tous les devoirs qui en découlent [2]. Et ceci permet de fixer la mesure théorique du juste salaire « qui ne doit jamais descendre au-dessous de la mesure de ce qui est nécessaire pour l'entretien du travailleur, dans les conditions où il vit »; cette formule conduit à tenir compte, le cas échéant, — et sans négliger aucun élément de la situation totale, — de la famille, que l'ouvrier a le devoir d'entretenir et de soutenir [3]. Des considérations analogues, mais plus complexes et plus nuancées, four-

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 349-364.
2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p 365-366.
3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A , 1904, t. II, p. 366-367.

niront aussi quelques directions, pour la solution des difficultés délicates, que suscite le problème des grèves ouvrières : prohibition de toute rupture d'un travail obligatoirement promis, si ce n'est dans le cas d'inexécution imputable à la faute du patron ; hors de là, licéité de la grève, sauf la liberté du travail ; grande réserve conseillée dans l'usage d'un instrument si dangereux pour tous ; recommandation aux patrons de prévenir ces extrémités, en satisfaisant les justes demandes des ouvriers ; vœu en faveur de l'arbitrage et d'un perfectionnement incessant de la législation sociale pour obvier aux dangers des grèves [1].

Le contrat de vente et les conventions analogues nous ramènent à l'exigence d'un juste prix, ou, plutôt même, d'une équivalence entre les choses échangées, le prix étant la valeur appréciée et exprimée suivant une mesure unique, et qui se détermine principalement d'après l'opinion générale, souvent traduite par le taux du marché [2].

Enfin, — pour clore ces indications sommaires, le contrat de société nous présente, dans la société par actions, une responsabilité limitée des associés, que la justice naturelle ne peut approuver qu'à la condition d'une déclaration publique antérieure et sous la garantie d'une autorisation de la puissance publique. Moyennant ces précautions, il semble que l'on doive passer outre aux reproches formulés contre les sociétés par actions, et en demander le maintien, eu égard à leurs avantages économiques [3].

155. — **E**. — L'institution juridique du mariage — où Cathrein voit avec raison le fondement de la famille envisagée par lui comme la forme élémentaire et primor-

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 367-369.
2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t II, p. 369 371.
3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 371-373.

diale des sociétés naturelles et nécessaires [1] — est de celles, qui semblent le mieux prêter à la mise en œuvre pratique d'une doctrine générale de droit naturel [2]. Et cette épreuve se vérifie surtout quant à la constitution même de l'union conjugale, que je veux seule considérer ici, sur les pas de notre auteur [3]. De ce point de vue, — et si nous laissons à part la question du pouvoir compétent à l'effet de légiférer et de juger en matière de mariage, question qui touche la situation à reconnaître à l'État vis-à-vis de la religion [4], — nous relevons comme les plus intéressants aspects du problème ainsi précisé : *a*) le principe même du mariage ; — *b*) son unité ; — *c*) son indissolubilité ; — *d*) ses conditions touchant les rapports naturels des conjoints.

a) Il n'est pas difficile de montrer que le principe même du mariage, c'est-à-dire d'une union durable et réglée entre l'homme et la femme, soit imposé par le droit naturel. En effet, si Dieu a voulu la propagation de la race humaine par le moyen de l'union des sexes, la dignité de la personne, comme l'ont compris tous les peuples, exige que, dans cette union, l'homme, dont les penchants naturels ne sont pas, à l'image de ceux des animaux, bridés par l'instinct, soit contenu en des bornes objectives et claires, que lui dicte sa raison, interprétant d'ailleurs sa nature. Or, la première et la plus importante de ces bornes consiste dans la durée du rapport juridique issu de l'union des sexes. Les soins nécessités par

---

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Zweite Abteilung, pr., Erstes Buch, Erstes Kapitel, t. II, p. 376-382. — *Adde :* Zweites Kapitel, Erster Artikel, § 1, t. II, p. 382-384.

2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Zweite Abteilung, Erstes Buch, Zweites Kapitel, t. II, p. 382-427. — *Adde :* Drittes Kapitel, p. 428-435.

3. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil, Zweite Abteilung, Erstes Buch, Zweites Kapitel, Erster, zweiter und dritter Artikel, t. II, p. 382-417.

4. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 412-417. *Adde :* p. 546-566, surtout p. 550-552.

l'élevage et l'éducation des enfants ne peuvent que renforcer la même exigence. Et, comme cette mission des parents prend, en moyenne, la plus grande partie de la vie, il s'ensuit que l'union des époux devra, en général, durer autant que leur vie. — D'après cela, le but principal du mariage apparaît dans la procréation et l'éducation des enfants conformément à la dignité humaine; ses buts accessoires seront : d'une part, l'aide et le soutien mutuels des conjoints; d'autre part, la satisfaction de l'instinct sexuel sous la sauvegarde de la dignité et de la raison humaines[1].

b) L'unité du mariage, consistant en ce qu'une seule union peut valablement exister, en même temps, entre un homme et une femme, exclut la polyandrie et la polygynie. — La polyandrie, indépendamment des inconvénients qu'elle présente pour la fécondité de la femme, est contraire au droit naturel, parce qu'elle ne permet pas à l'enfant de connaître exactement son père, et qu'elle engendre la discorde et la confusion, soit en créant un corps à plusieurs têtes, soit en donnant à plusieurs les mêmes droits sur la femme et les enfants, dont l'éducation se trouve ainsi entravée. — Quant à la polygynie, si elle n'empêche pas le but principal du mariage, la procréation et l'éducation des enfants, elle en contredit les buts secondaires et semble, par suite, bien qu'à un moindre degré, réprouvée aussi du droit naturel. Elle fait obstacle à l'égalité des époux et entraîne la subordination, voire l'esclavage, de la femme. Elle contrarie aussi l'amour et la concorde, qui forment le lien de la famille, en amenant jalousie et dissentiments entre les diverses femmes et leurs enfants respectifs. L'application, qu'on en trouve sous la loi de l'ancienne alliance, s'explique par une permission spéciale de Dieu[2].

---

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 391-395. — *Adde*, sur le célibat et le mariage sans enfants : *ibid.*, p. 395-400.
2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 400-403.

c) L'indissolubilité absolue — qu'il faut apprécier ici en dehors du caractère sacramentel du mariage et de la doctrine catholique le concernant — paraît plus difficile à défendre contre l'idée que le lien conjugal, tout en devant durer autant que la vie des époux, comporterait néanmoins des cas exceptionnels de rupture anticipée. — Pourtant, si le divorce, légalement réglé et limité à des hypothèses peu nombreuses, ne rend pas absolument impossible le but principal du mariage, l'éducation des enfants, il le compromet notablement. Vu la durée moyenne du temps requis par cette mission, aussi bien que la nécessité d'envisager la situation ordinaire et normale plutôt que des conditions peu fréquentes, eu égard encore à l'impossibilité où l'on est de limiter efficacement les cas de divorce, il y a lieu de reconnaître que l'indissolubilité sans exception peut, seule, assurer à l'union des époux la fermeté, dont elle a besoin pour atteindre pleinement sa fin essentielle. — Cette solution, strictement prohibitive du divorce, est renforcée par la considération des buts secondaires du mariage. Car, ni l'aide mutuelle et le complément réciproque des époux ne se pourraient concilier avec la perspective d'une rupture possible, qui entraîne pour la femme une injuste inégalité ; ni la moralité de l'union ne serait parfaite, en présence de l'espoir légitime d'une union différente. Sans compter que le divorce, introduisant la haine et la discorde dans les familles, occasionne les plus graves dommages à la Société dont elles forment la base. — Finalement, que l'on considère le but de l'éducation des enfants ou les rapports réciproques des époux ou l'influence de la famille sur la Société, on arrive toujours à cette conclusion, que le Législateur suprême devait à sa sagesse de faire du mariage un lien éternel, indissoluble, et qu'il faut, qu'en abordant le mariage, les époux brûlent, pour ainsi dire, leurs vaisseaux derrière eux, abandonnant tout espoir de dissolution du lien conjugal, leur vie

durant. — Les objections, tirées de situations extraordinaires, voire de malheurs immérités, ou d'une fausse analogie avec les contrats ordinaires, ne peuvent rien contre cette solution de principe, commandée par le bien commun. Que si Moïse et saint Paul ont, sous quelques conditions, permis le divorce, l'un aux Hébreux, l'autre aux païens convertis, ce ne peut être qu'en vertu d'un pouvoir spécial de Dieu, qui, dans certains cas et en vue d'un plus grand bien, a pu, comme Législateur suprême, distendre la loi d'indissolubilité [1].

d) Le mariage, supposant un choix réciproque de ceux qui s'épousent, implique un contrat librement consenti. Il reste donc soumis aux conditions des contrats, en général, et à celles qu'exige, de plus, sa nature propre. Le défaut de l'une de ces conditions, constituant empêchement de mariage, n'en entraînera la nullité (empêchement dirimant), que s'il atteint les bases essentielles du contrat matrimonial. — Sans entrer, à cet égard, dans une analyse détaillée, dont les grandes lignes seulement dépendent du droit naturel [2], il y a lieu de signaler, comme présentant sous ce rapport une difficulté particulière, la question, du mariage entre personnes unies par les liens du sang, ou de l'inceste. Le droit naturel indique ici que, les enfants devant à leurs parents, comme auteurs de leur existence, respect, vénération et soumission, ces devoirs essentiels se concilieraient mal avec le rapport d'égalité et de puissance respective, qui doit exister entre époux. Aussi les mariages ne sauraient-ils être valables entre parents en ligne directe. La même solution semble, au point de vue du droit naturel, vraisemblable quant aux mariages entre frères et sœurs, à raison de l'affection intime, du commerce confiant et presque permanent, qui, unissant

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 403-410.
2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 410-412.

réciproquement les frères et sœurs, risquerait de favoriser de graves désordres moraux, si la perspective du mariage restait ouverte. Au surplus, les déplorables conséquences des unions entre proches parents, au point de vue physiologique, indiquent que ces unions ne répondent pas aux vues divines [1].

III

156. — Je regrette de n'avoir pu, en ce raccourci, trop sec et presque décharné, bien qu'aussi exact et serré que possible, donner une idée, vraiment adéquate à son mérite, de cette puissante *philosophie morale* de V. Cathrein, qui tend à assurer au droit une assiette ferme et une forme pleine, suivant les exigences les plus rigoureuses de l'esprit.

L'auteur s'étonne, non sans quelque amertume, de n'avoir pas obtenu, à défaut des suffrages positifs des hommes de science, l'attention bienveillante, qu'eût dû lui mériter, de leur part, son sincère et consciencieux effort. Et il ne peut se défendre d'attribuer, pour une bonne part, cette attitude d'indifférence, prise vis-à-vis de son œuvre par le plus grand nombre des penseurs de son pays, à des idées préconçues ou suggérées, par une philosophie unilatérale, contre toute entreprise de construction morale, qui s'appuie sur la conception, dualiste et théiste, du monde, héritée des plus célèbres philosophes anciens, reprise, poursuivie et perfectionnée par les penseurs et théologiens du moyen âge, jalousement maintenue dans son intégrité par la doctrine de l'Église catholique [2].

1. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 412.
2. Voy. notamment : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904. Aus dem Vorwort zur zweiten und dritten Auflage et Vorwort zur vierten Auflage, t. I, p. VII-X. — Comp. *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 1, note 1 et p. 9-12 (Einleitung).

Placés sur le seul terrain de la loyauté scientifique, nous devons nous soustraire à ces préjugés et répudier ces partis pris[1]. Il s'agit ici d'évaluer exclusivement l'œuvre de V. CATHREIN, d'après la solidité objective des bases naturelles et rationnelles, qu'il présente lui-même comme formant ses assises fondamentales. Quant à la révélation surnaturelle, elle n'intervient qu'à titre d'appoint, surérogatoire et non indispensable, d'une construction purement philosophique, se suffisant à elle-même et accessible à tous[2].

157. — De ce point de vue, je n'hésiterai pas à déclarer, pour ma part, que les principes essentiels des recherches de CATHREIN paraissent des plus fermement assurés et que, mieux que tous autres, ils sont aptes à nous fournir certaines données, vraiment objectives, du droit positif En tout cas, ils s'imposent à l'attention, et quiconque a le souci de pénétrer jusqu'au tréfonds du droit ne saurait les négliger ni leur dénier le crédit, dont ils sont dignes.

Le mérite, le plus saillant et vraiment capital, de l'œuvre de CATHREIN, consiste à avoir encadré le système juridique, comme partie de la morale générale, dans une large et substantielle conception du monde[3]. Par là, l'idée de droit se trouve rattachée aux plus profondes racines de la philosophie première et rendue capable de dominer les faits et réalités qu'elle doit régir. Aussi, l'auteur arrive-t-il à donner à la notion, très précisément

1. Comp. Fr. GÉNY. *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 19-20 (Introduction, n° **6**).

2. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Einleitung I, 1, c et II, 1-4, t. I, p. 2-3 et p. 6-10.

3. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Die katholische Weltanschauung in ihren Grundlinien mit besonderer Berücksichtigung der Moral*, 2 A., Freiburg-i.-B., 1909.

limitée, du droit naturel, la valeur et la puissance nécessaires pour fonder sa souveraineté impérieuse [1].

D'autre part, la méthode, essentiellement réaliste, de CATHREIN, qui interprète fidèlement la nature et sait puiser dans le langage courant les éléments de précision de ses concepts [2], la sûreté, avec laquelle il s'attache à des principes supérieurs révélés par la raison et assimilés aux principes qui conditionnent l'entendement humain [3], la logique, à la fois déliée et intrépide, qu'il déploie à poursuivre les déductions de ses prémisses, sauf à les tempérer au moyen de notions différentes, la souplesse, dont il fait preuve pour adapter ses conclusions générales à la variété des rapports humains et aux circonstances concrètes, toutes ces fortes et rares qualités d'exposition, de raisonnement, de mise en œuvre, empoignent vigoureusement l'esprit et lui donnent, avec la confiance nécessaire, le sentiment de la vérité, sinon pleinement saisie, du moins étroitement approchée.

A quoi s'ajoutent encore, chez CATHREIN, une élévation de vues, une pénétration sympathique du réel, une audace désintéressée, une pure idéalité morale, bref tout un ensemble de qualités séductrices en même temps qu'entraînantes.

158. — En regard de ces mérites éminents, et que seule fait bien sentir une étroite familiarité avec l'œuvre, certains *desiderata* se manifestent, qui, pour en être la contre-partie sinon même la rançon nécessaire, ne laissent pas que d'appeler quelques réserves, indispensables dans un jugement impartial.

Le point de vue d'éthique générale, adopté dès l'origine

1. Voy. ci-dessus, nos **146-148**, p. 313-322.
2. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 41-45.
3. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 16-32.

et constamment suivi par Cathrein, s'il rattache heureusement le droit à un ensemble imposant, présente, en revanche, le danger de le dépouiller de son caractère spécifique. Que le droit soit envisagé et étudié comme une partie de la morale, je le veux et je l'approuve. Il importe, pourtant, de lui conserver, au milieu de celle-ci, son « idiosyncrasie », et de ne pas risquer d'en confondre les règles avec celles, qu'impose la notion large du bien moral. — Notamment, il me paraît excessif et dangereux de nier, aussi décidément que le fait Cathrein[1], le caractère essentiel de contrainte qui s'attache aux préceptes juridiques. Du moins, eût-il fallu consentir qu'une *tendance* nette *à la contrainte* reste nécessaire pour spécifier le droit et le distinguer de la morale proprement dite[2]. Faute de quoi, on dénature l'idée de justice humaine, en la noyant dans un océan de devoirs de conscience, où elle perd son individualité propre; par là même, on lui enlève de sa précision et de sa force.

D'autre part, les procédés de l'exposé et de l'argumentation scolastiques, conservés par Cathrein, bien qu'il les manie avec des atténuations notables, ne vont pas sans fatiguer ceux qui le veulent suivre et constitueront peut-être le principal obstacle à une véritable diffusion de ses théories dans les milieux modernes, qu'il lui importerait le plus de pénétrer. Le reproche capital, qu'ils me paraissent encourir, est de donner trop de place à une vaine dialectique, au détriment du fond des choses et des réalités vitales. — Rien de mieux, sans doute, que de prendre le langage usuel comme base de précision des concepts[3]. Il

1. Voy. notamment : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Erster Teil, Achtes Buch, Zweites Kapitel, § 2, t. I, p. 462-468. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Zweiter Abschnitt, Drittes Kapitel, § 2, p. 94-108.

2. Comp. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 47-48 (n° **16**).

3. Comp. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 448. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 43-44.

faudrait, cependant, savoir le corriger ou le rectifier, au besoin, bref en apprécier la justesse, en le comparant aux faits qu'il est censé traduire, puisque aussi bien ces faits seuls nous importent[1]. — De plus, toutes ces discussions sur les concepts, analysés en eux-mêmes, et sur les mots qui les expriment, ne sont pas toujours aptes à engendrer des conclusions utiles. En tout cas, elles semblent souvent ramener les mêmes questions, sous des étiquettes différentes, nous faire tourner comme en un cercle et étouffer la notion de l'ensemble. Ainsi, les analyses successives de la justice, de la loi naturelle, des mœurs, du devoir et du droit (en soi — objectif — subjectif), paraissent mal distinguées les unes des autres, et, quand l'esprit tente de les réunir, lui laissent plus de confusion que de clarté nette[2]. A tout le moins, aimerait-on trouver une synthèse, qui en montrât les connexions et la hiérarchie.

Il n'est pas bien sûr non plus, quoi qu'en ait dit V. Cathrein avec insistance[3], que sa définition du droit, consistant essentiellement à attribuer à chacun le sien, ou sa détermination aristotélicienne des trois sortes de justice, commutative, légale, distributive, constituent beaucoup plus que des cases à remplir. Il n'y a guère là qu'un gabarit qui comporte le contenu le plus varié[4]. — De même, en dépit du soin, avec lequel il s'applique à fixer la

— —

1. Cela s'appliquerait notamment au concept de droit, sur lequel voy. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 450-459. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 57-83.

2. Voy., outre les références de la note qui précède : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 2 A., 1904, Erster Teil. Viertes Buch, Zweites Kapitel, Zweiter Artikel, § 2, p. 319-329; Fünftes Buch, p. 332-416. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, Zweiter Abschnitt, Erstes Kapitel, p. 45-57; Dritter Abschnitt, Fünftes Kapitel, p. 303-324.

3. Voy. notamment V. Cathrein, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 39, note 2, p. 174-175.

4. Comp. J. Kohler, dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1910, t. XXIV, p. 233-236, notamment p. 234; — et dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischen Bearbeitung*, 7 A., München, Leipzig, Berlin, 1913, p. 5, texte et note 2.

notion (capitale, dans le système de CATHREIN), du mien, du tien, du sien[1], on reste mal assuré de son objectivité et convaincu qu'il demeure loisible d'y comprendre les règles les plus diverses, sans que la raison puisse faire sentir, à cet égard, une influence déterminante. — Bref, beaucoup des développements de CATHREIN nous laissent l'impression de cette forme, dépourvue de contenu, dont il affirme, à maintes reprises, l'insuffisance[2]. Et la défaveur de semblable impression s'accentue du fait, que, lorsqu'il descend aux détails d'application, l'auteur, confondant la technique avec la science, ne trouve souvent les solutions nécessaires qu'en des considérations variées, d'économie, de politique, d'utilité, etc., bien éloignées des principes de droit naturel, tels qu'il a commencé par les circonscrire[3].

Enfin, comme par un contraste étrange, le point de vue de suprême détachement, adopté par CATHREIN à l'égard du droit positif, lui dérobe parfois le sentiment de certaines nécessités sociales ; ainsi, quand après avoir fondé sur la loi naturelle l'obligation d'obéir à l'autorité régulière et d'observer la loi positive[4], il interdit au juge d'appliquer une loi contraire au droit naturel et lui prescrit de quitter son siège plutôt que de donner les mains à pareille forfaiture[5]. Peut-être cette solution est-elle nécessaire à formuler en principe[6]. Mais, présentée sans ménagements et sans réserves, elle se fera difficilement accepter des jurisconsultes modernes, surtout en présence de la large portée que

---

1. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 49-52, p. 58-59. *Adde* : p. 296-297. — *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 450-452.

2. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 39-40, p. 169-170. — Comp. *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 511, note 4 (sur STAMMLER).

3. C'est ce qu'on observe dans toute la philosophie morale appliquée. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. II, p. 91 et s.

4. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 409, p. 410.

5. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 206-207, p. 259-260, p. 270, p. 299-303.

6. Voy. ci-après la quatrième partie du présent travail.

CATHREIN a donnée, d'autre part, aux applications du droit naturel[1].

Aussi bien, ce qui me paraît le plus choquant dans l'ensemble de l'œuvre de droit naturel de CATHREIN, — seule à considérer ici, — c'est un désaccord profond entre son principe général du droit et les applications qui en sont faites. Le principe, fortement établi, est strictement contenu en d'étroites limites, où il semble qu'il doive rester inébranlable, puisqu'il se ramène à ces deux truismes moraux : attribuer à chacun le sien; — ne faire tort à personne[2]. Quand on arrive aux applications, on est débordé de contingences, qui semblent de nature à ruiner le principe même. Car, comment rattacher à la notion du « sien », ou à celle du « tort fait à autrui », — sans y rien ajouter, — les solutions données touchant l'esclavage, des modes d'acquérir la propriété tels que l'usucapion, le droit de succession et, plus encore, la prohibition de l'inceste, l'unité ou l'indissolubilité du mariage[3]? De fait, la justification, souvent délicate et nuancée, que CATHREIN présente de ces institutions, se rattache à des idées toutes différentes. Mais alors, que signifie le principe?

159 — Cette dernière considération — se rapprochant d'une critique analogue, que nous suggérait naguère

---

1. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, Zweiter Teil. Besondere oder angewandte Moralphilosophie, t. II, p. 91 et sq.

2. C'est ce qui ressort de nombreux passages. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 474-475, p. 483-484, p. 487-488, p. 489, p. 490, p. 491-494, p. 504-506, p. 508, p. 509-510, p. 511-512, p. 516, p. 534, p. 543, p. 546-547; t. II, p. 319, p. 343, p. 445, p. 462-463, p. 482, note 1, p 627-628, p. 696-697. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 136, p. 143-144, p. 162-163, p. 173, p. 193, p. 211, p. 212, p. 222-223, p. 224, p. 237, p. 239, p. 241-242, p. 243-250, p. 269, p. 278-279, p. 281-282, p. 284, p. 295, p. 299, p 309-310, p. 314. — Comp ce qui a été résumé ci-dessus, p. 314-315 (n° **146**) et p. 319 (n° **148** -1°).

3. Voy. ci-dessus : p. 326-327 (n° **151**) ; p. 332-333 (n° **152**, *in fine*); n° **153**, p. 333-335; p. 340-343 (n° **155**); et les références des notes.

l'œuvre de BOISTEL [1], — suscite une observation plus générale, qui résumera notre jugement commun sur les deux auteurs envisagés ici comme les représentants modernes de la conception classique du droit naturel [2], et nous permettra de préciser le profit limité, que doit nous laisser cette conception même.

Les partisans du droit naturel restent très forts, même se montrent vraiment invincibles, quand ils s'en tiennent à dégager le principe et le contenu essentiel de la justice, dont la raison nous impose un minimum inéluctable. Le danger de la doctrine, c'est de dépasser trop aisément ce minimum, seul absolument rationnel, et de prétendre résoudre, par le moyen du droit naturel, les hypothèses les plus menues, qu'offrent au juriste les multiples relations de la vie sociale. Alors, on tombe forcément sous d'autres disciplines, infiniment complexes, nuancées, particulières. Impossible de prétendre à une universalité rigide et immuable. On doit subir la variation et la mobilité des contingences.

La direction, à tirer de là, apparaît, dès lors, extrêmement nette : Le système du droit naturel, *imposé par la raison*, se limite à quelques éléments généraux. Il faut mettre à part et traiter autrement l'adaptation à la vie et le développement des principes. BOISTEL et CATHREIN en ont eu le sentiment, mais n'ont pas su garder jusqu'au bout cette réserve. Il importe d'y rester strictement fidèle et de réduire à une juste mesure le droit naturel, si l'on veut lui maintenir, avec toute sa valeur, toute son efficacité [3].

---

1. Voy. plus haut : p. 293-294 (n° **140**).
2. Comp. ci-dessus : p. 279-280 (n° **135**).
3. Comp. Fr. GENY (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans : *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 185-188 ; et, ci-après, le chapitre neuvième de cette seconde partie (XIV), notamment : n^{os} **171-177**.

CHAPITRE NEUVIÈME (XIV)

ESSAI DE SYNTHÈSE DES DONNÉES DU DROIT POSITIF SUSCEPTIBLES DE SERVIR DE BASES A SON ÉLABORATION SCIENTIFIQUE

160. — Appelé maintenant à exprimer, sous forme positive, mon sentiment personnel sur le problème capital soulevé par l'élaboration scientifique du droit, je n'ai ni la prétention ni le désir d'ajouter un nouveau système aux nombreuses conceptions déjà proposées à ce sujet.

A vrai dire, je n'en verrais pas bien l'utilité; en tout cas, j'avoue sans ambages ne pas posséder la formule magique, qui pût, d'un coup, dissiper les obscurités et rallier toutes les convictions. Mon ambition sera donc plus modeste; telle quelle, je la crois au niveau des besoins les plus manifestes de l'heure présente.

Il suffirait d'édifier une synthèse, où, sans viser à une originalité téméraire, ni reproduire de toutes pièces quelqu'une des constructions ci-dessus décrites et reconnues insuffisantes ou défectueuses, on retiendrait les morceaux, qui « en sont bons », pour faire sa place à chaque idée juste [1], et les combiner toutes autour d'un principe dominant, susceptible de leur donner la cohésion et la fermeté nécessaires à leur effet global.

Bien que l'exposé critique, poursuivi dans les chapitres qui précèdent (chapitre second [VII] à chapitre huitième [XIII]), dessine déjà les contours de pareil travail, il semble nécessaire de le reprendre, d'un bloc et d'une façon indépendante, en serrant de plus près le point de vue propre, que nous nous étions assigné [2], et qui ne se confond avec aucun de ceux adoptés par les systèmes précédemment analysés, mais sur lequel ceux-ci peuvent aisément se projeter pour l'éclairer des reflets de leur vérité fragmentaire.

Ainsi, partant des sommets les plus élevés de la recherche, observant fidèlement aussi les procédés d'investigation et la méthode, dont les lignes directrices ont été précédemment tracées [3], nous pourrons espérer offrir

---

1. Conformément à la parole de saint PAUL : « Omnia autem probate, quod bonum est tenete », *Epist. ad Thessalonicenses prima*, cap. V, 21.

2. Voy. ci-dessus : Seconde partie, préambule, n° **68**, p. 1-3. — *Adde :* chapitre premier (VI), n^{os} **69-71**, p. 4-20.

3. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, chapitres troisième, quatrième et cinquième, n^{os} **21-67**, p. 66-211; et ci-dessus n° **69**, p. 2-7.

un ensemble organisé de ce qu'il semble permis d'appeler les bases scientifiques du droit positif. Et, si, après avoir tenté la combinaison des éléments qui les constituent, nous illustrons leur mise en œuvre de quelques applications suffisantes à en éprouver la valeur, nous aurons, je pense, moyennant une prudente utilisation des résultats acquis par les efforts de nos devanciers, abouti aux conclusions essentielles de cette seconde partie.

I

161. — Avant tout, il paraît nécessaire de rappeler, encore une fois, quel est notre objectif propre et comment il se situe dans le champ ouvert aux investigations de l'esprit.

Nous ne posons plus seulement ici le problème classique du droit naturel, dont les limites et les postulats ont été déjà signalés, en considération des exigences de l'heure actuelle[1]. Mais, ces points acquis, il s'agit essentiellement à cette place, de reconnaître, dans le vaste Univers qui nous enveloppe, le *donné* total du droit positif[2], dégagé (autant que possible) de tout artifice, et s'imposant de lui-même à l'homme, par quelques puissances qu'il le puisse saisir, soit grâce à une recherche proprement scientifique, soit au moyen de forces plus obscures, telles qu'on les voudra désigner, subconscience, croyance, intuition, sentiment[3]. Et, suivant la définition du droit positif, qui a été présentée antérieurement, ce *donné* se doit reconnaître à ce qu'il susciterait des règles de conduite, régissant les rapports respectifs des hommes entre eux, douées d'un caractère nettement catégorique, et, sinon toujours pour-

1. Voy. ci-dessus, nos **70-71**, p. 10-20.
2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **33**, p. 96-98. — *Adde : ibid.*, n° **32**, p. 95-96 et n° **34**, p. 98-100.
3. Voy. ci-dessus, n° **69**, p. 4-10.

vues d'une sanction actuellement coercitive, du moins animées d'une tendance certaine à la contrainte, s'exerçant, au besoin, par le secours de la force sociale[1].

Aussi bien, — nous l'avons souvent observé[2], — est-ce leur caractère décidément normatif, et, pour ainsi dire, volontariste, qui fait la difficulté capitale du diagnostic scientifique (*lato sensu*) des principes juridiques. Comment découvrir, dans la nature, — fût-elle interprétée par les plus subtiles facultés de l'entendement, — des règles, que la volonté doive consentir à suivre, sous la menace de sanctions, dont elle ne trouve pas l'autorité en elle-même, et qui pourtant la dominent de façon efficace? Problème inéluctable de la conduite humaine! Problème qui embrasse toute l'éthique et auquel le caractère plastique du droit ne peut que donner un relief plus saisissant! Problème assurément troublant, mais qui semblera plus ou moins ardu, selon le degré de précision des préceptes, dont on prétendra dévoiler le fondement[3]!

162. — Sachons, d'ailleurs, le reconnaître franchement. Ce problème fait partie d'un *complexus* philosophique plus considérable, dont il ne saurait être arbitrairement détaché, sans risquer de l'amoindrir, voire même de le dénaturer tout à fait. Pour obtenir, de façon décisive, avec une plénitude assurée et une fermeté convaincante, le principe des normes directrices de l'activité morale ou juridique, il faut avoir pris parti sur la conception générale de l'Univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée. Qu'importe que

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, chapitre second, § I, n^os^ **13-16**, p. 42-52.

2. Voy. notamment ci-dessus, p. 6-7 et p. 8-9 (n° **69**) — Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **22**, p. 67-70.

3. Voy. notamment ci-après, n° **172**, p. 393-399.

pareillles recherches menacent de nous entraîner à l'abîme[1]? Le risque vaut d'être couru, si nous ne pouvons autrement acquérir la confiance indispensable à l'action!

Il est clair, d'ailleurs, que je ne saurais songer ici à examiner ni à discuter toutes ces profondes et angoissantes questions, qui nous transportent d'un coup aux plus vertigineux sommets de la métaphysique. Je dois pourtant à l'ample gravité de notre sujet de dire que, pour moi, elles demeurent résolues suivant les directions de la philosophie traditionnelle, issue des plus hauts esprits de l'antiquité, notamment des grands philosophes grecs, Socrate, Platon, Aristote, complétée et affinée par leurs successeurs, restée enfin, malgré toutes les attaques qu'elle a subies, à la base de la conscience générale de l'humanité[2]. Si cette philosophie a servi d'assiette ferme aux constructions théologiques et dogmatiques du Christianisme, plus précisément du catholicisme romain[3], elle y conserve sa consistance propre, en dehors de l'appoint d'une révélation surnaturelle, qui postule le soutien de la foi et dont les résultats dépassent singulièrement la portée des seules facultés humaines[4].

---

1. Cette crainte paraît avoir dominé R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, première partie, chapitre premier, épigraphe et *passim*, notamment p. 12-53. Voy. à ce sujet : Fr. Geny (compte rendu critique de l'ouvrage de R. Demogue), dans *Nouvelle Revue historique de droit*, 1911, t. XXXV, p. 123-124. — Comp. H. Capitant, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 732-733.

2. Comp. ce que j'ai dit, plus haut, sur la philosophie *du sens commun progressif*, que j'envisageais alors des points de vue généraux de la connaissance et de l'action : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **24**, p. 71-75. — *Adde* encore : É. Boutroux (*Germanisme et humanité*, II), dans *La Grande Revue*, août 1915, p. 157-162.

3. Je rappelle ici une note intéressante de R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 3, A., t. II, Leipzig, 1898, p. 161, note **.

4. Comp. V. Cathrein, *Die katholische Weltanschauung in ihren Grundlinien mit besonderer Berücksichtigung der Moral*, Freiburg-i. B., 2 A., 1909.

C'est donc, sur le simple fondement de l'expérience, interprétée à l'aide de toutes les puissances de la raison, que je veux affirmer ici le dualisme, voire le pluralisme, éclatant dans la constitution même de l'Univers, le théisme avec ses conséquences nécessaires[1], la distinction fondamentale entre l'homme et les autres êtres créés, l'immortalité de l'âme humaine, sa liberté essentielle, sa sublime destinée vers Dieu.

Certes, je n'ignore pas les objections formulées contre ces conceptions traditionnelles et les nombreux systèmes proposés pour les supplanter, parmi lesquels, en dehors d'un agnosticisme hautain et découragé, la vogue de l'heure présente n'offre guère, comme doués de quelque consistance, que le monisme matérialiste[2] ou un panthéisme infiniment diversifié[3].

Mais, si l'on met à part — comme il le faut — l'hypothèse évolutionniste, — qui, arrivât-elle à la cohérence et à la plénitude dont elle manque encore, ne formerait pas plus qu'un préjugé en faveur des tendances monistes et ne paraîtrait pas plus inconciliable avec les croyances rappelées ci-dessus[4], que ne l'a été la cosmologie héliocentrique

---

1. Voy. ici encore l'affirmation nette de R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, t. I, 3 A., 1893, Vorrede, p. xii. — Et, pour les idées de H. Bergson sur Dieu, cons. J. de Tonquédec (*M. Bergson est-il moniste ?*), dans *Études*, 1912-1°, t. 130, p. 506-517, surtout p. 514-515, où se trouvent citées des lettres de H. Bergson.

2. Voy. Benno Erdmann, *Ueber den modernen Monismus*, dans *Deutsche Rundschau*, März 1914, t. 158, p. 321-340. — Comp., sur le monisme de Hæckel : É. Boutroux, *Science et religion*, Paris, 1908, chap. iii, p. 119-165.

3. Comp. V. Cathrein, *Die katholische Weltanschauung in ihren Grundlinien*, Freiburg-i.-B., 2 A., 1909, p. 46-69 (Erstes Buch, Erstes Kapitel, Zweiter Artikel).

4. Voy. notamment : E. Wasmann, s. j., *Die moderne Biologie und die Entwicklungstheorie*, 3 A., Freiburg-i.-B., 1906. — *Entwicklungstheorie und Monismus*, Innsbruck, 1910. — *Wie man die Entwicklungstheorie miszbraucht*, München, 1913. — Et comp. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, t. I, 3 A., Leipzig, 1893, Vorrede, p. xii-xiii. — Voy.

substituée à la cosmologie géocentrique [1], — on doit convenir, que les explications matérialistes ou panthéistiques de l'Univers ne consistent qu'en constructions purement imaginatives, qui, s'attachant à la surface extérieure et simpliste des choses, n'en savent ni pénétrer l'essence ni soupçonner la complexité. Et, ce qui, — dans ce domaine abstrus de la philosophie première — fait leur infériorité décidée au regard des conceptions traditionnelles, c'est qu'elles rendent un compte, infiniment moins satisfaisant pour l'esprit, de l'énigme du monde, dont elles laissent la plus grosse part enveloppée d'une obscurité désespérante [2]. En même temps, — à l'exemple de l'idéalisme transcendental ou du subjectivisme absolu, — elles supposent arbitrairement des conditions d'intelligibilité, étrangères à notre vie courante, en se servant d'une procédure invérifiable, ou, plutôt même, inaccessible, qui ne saurait aboutir qu'au scepticisme [3].

Aussi bien, ni le monisme matérialiste, ni le panthéisme dogmatique, ne sont-ils ouvertement professés par la majorité des penseurs de notre époque [4]. Ce qui domine,

---

aussi : É. Boutroux, *Science et religion dans la philosophie contemporaine*, Paris, Flammarion, 1908, p. 257.

1. Voy. les difficultés signalées par G. Séailles (*Pourquoi les dogmes ne renaissent pas*), dans : *Les affirmations de la conscience moderne*, Paris, A. Colin, 1903, p. 13, p. 27-31, p. 38-39, p. 41. — Et, comp. tout l'article, p. 1-113, qui est visiblement dirigé contre la doctrine catholique, mais n'atteint pas ses emprunts à la philosophie traditionnelle.

2. Comp. V. Cathrein, *Die katholische Weltanschauung in ihren Grundlinien*, Freiburg-i.-B., 2 A., 1909, Erstes Buch, Der Mensch, p. 5-171.

3. Ainsi, quand on place à l'origine des choses le hasard. — Car notre raison exige une cause première, douée d'un caractère individuel, et distincte de ses effets. Si, donc, nous écartons l'existence d'un Dieu personnel, nous raisonnons au rebours de notre nature et nous admettons, pour l'explication du monde, des concepts, que nous n'oserions employer en aucun autre ordre d'idées.

4. Voy., à titre d'exemple instructif, autant par ses développements intéressants, que par ses conclusions, quelque peu embarrassées et

chez les esprits attachés à l'idéal scientifique, c'est, — parfois sous le vocable prétentieux et ambigu d'agnosticisme[1], — un vague indifférentisme philosophique, dont la seule marque, nettement distinctive, soit l'affichage, un peu puéril et ostentatoire, d'une aversion décidée pour toute métaphysique. — Il est, d'ailleurs, curieux d'observer, qu'en dépit de leurs énergiques négations sur ce point, les « scientistes », ainsi posés, quand ils veulent arriver à quelques conclusions générales un peu fermes, doivent, bon gré mal gré, retomber dans les spéculations, dont ils ont commencé par contester la valeur. Et, il faut l'aveuglement d'une foi de parti pris et irraisonnée, pour dissimuler à ces esprits, aussi sincèrement naïfs que profondément consciencieux, la contradiction de leurs attitudes successives[2]. — Cette contradiction, à vrai dire, révèle bien le vice, fondamental et irrémédiable, de la position agnosticiste. Assurément, la métaphysique n'ouvre pas à l'esprit une voie, où il se sente avancer sans inquiétude, ni, parfois, sans vertige. Il serait plus aisé et plus conforme à nos inclinations paresseuses, de trouver, dans la réalité toute nue, parlant d'elle-même, ou plutôt s'imposant brutalement à nous, les lisières, que requiert la conduite de la vie. Mais, étant donné la constitution, les ressources et les faiblesses de la nature humaine, il n'en est pas ainsi. Et contre ce fait évident, mystérieux, dominateur, nous ne pouvons rien que nous conformer à ses exigences. Que nous le voulions ou non, en dépit de nos difficultés et de nos répugnances, notre vie morale et sociale postule des

---

fuyantes, sous le couvert d'un finalisme décidé : A. Prins, *L'évolution et la conception matérialiste de l'Univers,* dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1907-1908, t. XIII, p. 29-67.

1. Voy., par exemple : P. Aubry (*Essais de critique philosophique. I. La philosophie de M. Hauriou*), dans *Annales de la Faculté de droit d'Aix,* janvier-juin 1911, t. V, 1912, p. 9-13.

2. C'est ce que j'ai naguère relevé, avec des développements, auxquels il me suffira de renvoyer, dans l'œuvre scientifique de L. Duguit : ci-dessus, p. 265-271 (n° **133**).

directions, qu'elle ne rencontre pas toutes tracées dans la nature environnante, et dont un effort métaphysique peut seul découvrir les jalons indicateurs. Pour obtenir le sens de sa destinée et se conduire en conséquence, l'homme éprouve le besoin de se « transcender » lui-même et de porter ses aspirations vers l'infini, dût-il n'y entrevoir que de vagues lueurs, qui, du moins, illumineront quelque peu sa nuit[1].

L'agnosticisme étant ainsi condamné par son insuffisance éclatante, et, d'autre part, aucun « système » métaphysique n'ayant pu fournir les explications nécessaires, en dehors de la philosophie traditionnelle, il reste que celle-ci doit continuer à servir de base ferme à toute discipline de vie humaine. — Il convient seulement, en même temps, de savoir en assouplir les conclusions essentielles par les éléments, qu'une recherche, continue et progressive, permet de retenir des spéculations, poursuivies, en sens divers, à l'effet de faciliter de plus en plus l'adaptation des principes abstraits aux exigences les plus impérieuses de la réalité vivante. Et, c'est sous l'inspiration de ces idées, que j'ai proposé, notamment, de viser à enrichir la tradition de quelques points de vue, élargissant nos moyens de connaissance ou d'action, et empruntés à la « philosophie nouvelle »[2], voire même, sous des réserves

1. Rappr. G. DUMESNIL, dans *L'Amitié de France*, n° de février 1915, p. 28 : « L'avenir de la civilisation européenne, et en particulier de la civilisation française, est rigoureusement lié à la doctrine de la transcendance de Dieu. Faute de cette doctrine, clé de voûte de toutes les autres, l'homme se divinise. Or, dirai je, « qui fait le dieu fait la bête ». Le signe de la Bête marquera le peuple qui ne croit plus à la transcendance de Dieu ».

2. Voy. Fr. GENY, *Science et technique du droit privé positif*, I, Paris, 1914, n°s **25-28**, p. 75-87. — Comp. p. 143-145 (n° **48**) ; p. 162-164 (n° **56**); p. 182-185 (n° **61**); p. 187-188 (n° **62**) ; p. 211 (n° **67**). — *Adde :* L. OLLÉ-LAPRUNE, *La philosophie et le temps présent*, Paris, 5e éd., 1908, chapitre IV. Des caractères de ce qui est science et qu'entre science et philosophie il n'y a pas incompatibilité, p. 65-92.

capitales, aux doctrines de l'École de sociologie scientifique[1].

163. — Quand on accepte cette position, fermement appuyée, avant tout, aux conceptions le plus profondément ancrées dans l'humanité, il devient relativement aisé de justifier l'existence et les caractères spécifiques des règles morales ou juridiques, surtout si, loin de dissocier les facultés de l'âme humaine, on sait reconnaître les rôles parallèles, et, pour ainsi dire, conjugués, de la sensibilité, de l'intelligence et de la volonté, dans la conduite de la vie[2]. — L'homme, doué de raison et de liberté, et qui, à la différence des autres animaux, n'est pas suffisamment dirigé par l'instinct, a besoin d'une norme (règle de conduite), établie par une autorité suprême, qui se propose à son intelligence, sous l'impulsion du sentiment, et dont l'exécution dépend de sa volonté. Telle est la règle morale, émanée de Dieu, qui l'impose à l'homme, sous des sanctions d'ordres divers, et en vue de la destinée qu'Il a ouverte tant au monde qu'aux individus. Et, suivant son objet propre, cette règle morale, qui repose essentiellement sur la distinction du bien et du mal se révélant spontanément à la conscience[3], prend parfois le caractère de

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, I, Paris, 1914, nos **29-31**, p. 87-94.

2. Voy., là-dessus, un échange de vues intéressant, à propos des « Idées-forces » de A. Fouillée, dans les feuilletons (*Revue philosophique*) du *Journal des débats*, nos des 22 juin et 31 juillet 1910 (J. Bourdeau). — Comp. les feuilletons des 25 janvier et 22 février 1910. — *Adde* : J. Bourdeau, *La philosophie affective*, Paris, Alcan, 1912, et, à propos de ce livre : A. Chaumeix, *La philosophie affective*, dans *La Revue hebdomadaire*, n° du 24 août 1912, p. 537-561. — Voy. encore : P. Bourget (*Le sens de la mort*, I), dans *Revue des deux mondes*, n° du 1er août 1915, sixième période, t. XXVIII, p. 483, p. 485, p. 486.

3. Comp. Dr Grasset, *La science, le droit et la force*. Les conclusions de la « Biologie humaine », dans *Le Correspondant*, n° du 25 octobre 1914, p. 198-216. — *Les sciences morales et sociales et la biologie humaine*, dans *Revue philosophique*, 1915-1°, t. LXXIX, p. 97-136.

règle juridique, grâce à une injonction plus catégorique et à une sanction extérieure, nécessitées par le but à atteindre, et dont la source suprême réside toujours en l'autorité divine [1]. — Reste seulement à savoir comment la règle juridique se révélera à nous, d'après les conditions du monde, le fait de la société humaine, la nature et la destinée individuelles de l'homme, ou tous autres indices, qui se rencontrent dans l'expérience [2], et que la raison, aidée de forces psychologiques plus obscures (subconscience, croyance, sentiment), permet, plus ou moins, de pénétrer [3]. C'est le problème même qui doit être examiné plus loin [4]. — On voit, du moins, dès maintenant, qu'il est assis sur une base ferme, pour ceux qui conservent cette conception traditionnelle de l'Univers, dont le maintien nous a paru s'imposer [5].

Les choses ne vont pas aussi simplement avec des concepts philosophiques moins pleins et plus vagues dans leurs postulats. — Et, notamment, du point de vue des systèmes monistes, — soit matérialiste, soit panthéiste, — qui suppriment, en fait, la possibilité même d'un principe supérieur à l'homme, on n'aperçoit pas bien où l'on pourra trouver la cause efficace de préceptes, appelés à

---

1. On a pu, en effet, observer que toute la conduite humaine s'enchaîne en une série de moyens, dont chacun sert de fin à celui qui le suit (moyens-fins), jusqu'à l'idéal moral, qui apparaît comme la fin suprême. A. Rava, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, Dessi, 1911. — La fin suprême ne peut être que Dieu.

2. Sur l'expérience et l'histoire (qui n'est qu'une expérience élargie), considérées comme sources de la philosophie morale (comprenant la philosophie du droit), voy. : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, Freiburg-i.-B., Einleitung, II, 2, 4 A., t. I, 1904, p. 6. *Adde* plus loin, 5, a, γ, p. 10.

3. Ainsi cette dernière idée se rattache à la précédente : la nature peut seule nous découvrir la volonté de Dieu (comp. A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, Paris, Thorin, 1899, t. II, p. 198 [nº 404]), à moins d'une révélation, spécialement établie, qui nous ferait rentrer dans le domaine religieux.

4. Voy. ci-après, nºs **166-174** *bis*, p. 369-415.

5. Comp. ci-dessus, p. 356-359 (nº **162**).

régir son activité, dont on n'admet même pas, sans réserve, le caractère raisonnable et dont on nie décidément la liberté. — L'embarras est plus grand encore pour l'agnosticisme, puisqu'il renonce délibérément à toute recherche capable d'assigner un but intelligible à la vie humaine. — Aussi bien, voyons-nous les adeptes de ces philosophies, quand ils ne se bornent pas à décrire, avec un dilettantisme détaché, le roman de l'évolution des mœurs [1], aboutir, sur le point qui nous occupe ici, soit à des conceptions infiniment vagues et fragiles, telles que celles de l'École sociologique [2] ou du néo-hégélianisme de J. Kohler [3], soit, plutôt encore, à ce positivisme du droit (produit naturel de l'agnosticisme) [4], qui apparaît comne la déroute de tout rationalisme en matière morale et juridique.

164. — Il semble, pourtant, que, quelque philosophie générale que l'on professe, il soit possible de s'accorder suffisamment, en vue de résultats utiles, sur les bases essentielles à une recherche ultérieure des données du droit positif. Et la raison s'en trouve dans un phénomène, du domaine épistémologique, qui, adoucissant et aplanissant fort heureusement les divergences d'idées, contribue, au mieux, à démontrer l'harmonie du monde aussi bien que l'accord de la pensée avec la vie.

C'est un fait remarquable, en effet, qu'au-dessous des

---

1. Voy., par exemple : F. Le Dantec, *L'égoïsme base de toute société*. Étude des déformations résultant de la vie en commun, Paris, Flammarion, 1912. — Comp. du même : *Les influences ancestrales*, Paris, Flammarion, 1904. — *Science et conscience*. Philosophie du xxe siècle, Paris, Flammarion, 1908. — Et, pour la philosophie négative de cet auteur, voy. notamment : *Les limites du connaissable*. La vie et les phénomènes naturels, Paris, Alcan, 1903. — *Contre la métaphysique*. Questions de méthode, Paris, Alcan, 1912.

2. Voy. ci-dessus, nos **80-86**, p. 52-86.

3. Voy. ci-dessus, nos **92-97**, p. 111-126.

4. Voy. ci-dessus, n° **75**, p. 31-39.

principes suprêmes, auxquels est suspendue une explication pleine et adéquate de l'Univers, se présentent comme des paliers, représentés par des principes secondaires, d'un accès plus facile, par suite plus favorables à l'entente des esprits, et desquels chacun peut descendre sans peine aux conclusions vraiment indispensables à la vie. De même, dans l'ordre des fins, si l'on accepte malaisément, d'accord, les fins supérieures, desquelles dépend, littéralement parlant, la conduite humaine, on s'entendra bien souvent, sans trop de heurts, sur certaines « fins intermédiaires », qui se prêtent mieux à l'harmonie des volontés, parce qu'elles sont plus rapprochées de nous, et qui suffisent, en somme, à suggérer les pratiques nécessaires [1]. — Sans doute, à l'un comme à l'autre point de vue, l'explication, seule décisive, ne se rencontre qu'au dernier sommet de l'échelle des principes ou des fins. Mais la puissance de la vérité se transmet comme un fluide aux échelons qui suivent, et c'est assez de s'accrocher à l'un de ceux-ci, pour arriver à ressaisir le courant irrésistible, qui conduit vers les solutions désirables.

De fait, — nous aurons à le constater encore [2] — le plus grand nombre des règles juridiques sont reçues, à peu près unanimement, par la vertu de quelques « idées simples », idées, plus ou moins générales, mais non dernières, qu'une sorte d'ambiance impose et auxquelles tout le monde s'entend, à un moment donné. Tels sont ces jugements de valeur, sur qui reposent les réalités les plus profondes du droit [3], et dont l'opinion commune

1. Comp. ci-dessus, n° **77**, p. 43-48.

2. Voy. ci-après, p. 393-394 (n° **172**), et tout le n° **172**, p. 393-399, puis p. 405-406, p. 408-409 (n° **174**).

3. Rappr. ici : E. DURKHEIM, *Jugements de valeur et jugements de réalité* (rapport au Congrès international de philosophie de Bologne. Séance générale du 6 avril 1911), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, t. XIX, p. 437-453.

forme comme le critère et la garantie, pour en faire un instrument commode et constamment employé, de sage conservation et de progrès social[1].

Or, ce que je voudrais faire observer, pour l'instant, c'est que, — sans remonter aux conceptions fondamentales sur le monde ou l'humanité et laisser à part l'idée d'un accord impossible, semble-t-il, à leur sujet, — il reste loisible aux partisans des philosophies les plus osées, d'accepter cette position, d'ailleurs consacrée de fait, qui assure à la norme juridique, prise en soi, un minimum de justification indispensable, et permet, à la suite, une investigation, menée d'accord, des éléments, que nous en offre la vie. — Il est clair qu'on obtiendra déjà pareil résultat, si l'on dissocie la raison pratique de la raison théorique, pour suppléer, par un acte énergique de la volonté, aux défaillances prétendues de l'intellect. C'est, à peu près, la position kantienne, reprise ouvertement par d'éminents esprits de notre époque, notamment par R. Stammler et son école[2], et qu'on peut, je crois, soupçonner aussi à la base de la théorie de la solidarité sociale, telle que la présente L. Duguit, puisant, en réalité, toute sa force dans une décision aveugle du vouloir[3]. — Mais, sans aller jusqu'à ce va-tout exaspéré, devant lequel reculeraient sans doute les fauteurs du monisme matérialiste ou panthéiste, aussi bien que les purs agnostiques, la plus simple observation de la vie sociale suffit, je pense, à faire sentir la nécessité inéluctable d'une règle de conduite, sans laquelle le monde ne serait que désordre et chaos. Et, quand même la raison

---

1. Comp. ci-dessus, n° **78**, p. 48-50.

2. Voy. ci-dessus, seconde partie, chapitre sixième (XI), n°s **98-114**, p. 127-190, notamment p. 138 (n° **101**) ; p. 143 (n° **102**) ; p. 149-150 (n° **104**) ; p. 151-152 (n° **105**) ; p. 157-160 (n° **106**) ; p. 178-179 (n° **111**) ; p. 180 et p. 182 (n° **112**), p. 186-188 (n° **113**).

3. Voy. ci-dessus : p. 202 (n° **119**) ; p. 249-253 (n° **130**) ; p. 262-263 (n° **132**) ; p. 265-270 (n° **133**).

ne repousserait pas l'absurde résultat de la négation, une sorte d'instinct nous prémunit assez contre les conséquences déplorables qui la suivraient (au simple point de vue du bonheur général de l'humanité), pour qu'aucun homme de bon sens et de constitution normale n'hésite à déclarer obligatoires, sans plus, certains préceptes de moralité élémentaire [1], et à reconnaître, en outre, un caractère strictement juridique (avec injonction catégorique et tendance à la coercition sociale) à ceux qui assurent nettement l'ordre extérieur de la Société [2].

Si semblable attitude ne satisfait pas pleinement les aspirations complexes de notre nature et les exigences totales de notre esprit, elle peut, du moins, par cela seul qu'elle justifie le principe même des normes du droit, suffire à préparer la recherche ultérieure, qui demeure concentrée dans la précision des données de la nature et de la vie, où nous devrons trouver les éléments fondamentaux et objectifs de toutes les règles juridiques [3].

---

1. Comp. M. BERTHELOT, *Science et morale*, Paris, 1897, p. 29 : « Il ne s'agit pas d'instituer un nouveau système de morale, pour l'imposer par des prescriptions violentes et arbitraires; non, je veux parler de la morale des honnêtes gens, de la morale qui proclame le devoir, la vertu, l'honneur, le sacrifice, le dévouement au bien et à la patrie, l'amour des hommes, la solidarité. Telle est la morale, dont les principes, déjà inscrits dans nos lois, tendent à développer chaque jour leurs bienfaisantes conséquences ; plus lentement sans doute que ne le voudraient les hommes de progrès, mais d'une façon continue et invincible » (*La science et la morale*, § VII). — Voy. aussi : H. POINCARÉ, *L'union morale*, dans : *Dernières pensées*, Paris, 1913, p. 251-258.

2. Voy. les développements présentés par : A. PILLET, *Le droit de la guerre*, 1re édition, t. I, Paris, A. Rousseau, 1892. Introduction, p. 3-17, notamment p. 8-11 et p. 15-17, où il fait reposer le droit sur sa nécessité et la conscience de cette nécessité pour la raison humaine.

3. Comp., sur le point qui vient d'être touché : A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 7-8 (n° **4**) ; nos **25-26**, p. 37-42; nos **66-71**, p. 117-126. — Voy. encore : H. CAPITANT (sur R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 732-733, p. 735, texte et note 2.

165. — Toutefois, avant de procéder à cette investigation, et pour achever d'en fixer l'objet, une question, d'ordre général, se pose encore, — déjà touchée mais non pleinement résolue [1], — qu'il paraît nécessaire d'élucider définitivement à cette place : Le droit, proprement dit, — tel qu'il se spécifie dans sa nature et sa fonction propres [2], — ne répond-il qu'à l'idée du *juste* [3]? Ou, sinon, dans quelle mesure peut-il mettre en valeur des idées moins élevées, notamment les idées de convenance ou d'utilité?

Le problème est d'importance. Car, suivant la réponse qui y sera donnée, les éléments, aptes à nous révéler les préceptes juridiques, varieront d'amplitude, de complexité et de valeur. C'est — sous un aspect un peu élargi en même temps que concrétisé — la question des rapports de l'économie à la morale : jusqu'à quel point le droit, — branche nettement détachée et qualifiée de la morale [4], — s'alimente-t-il à l'économie [5]?

Or, il me paraît que la difficulté va perdre beaucoup de son acuité, sinon s'évanouir totalement, si nous observons que l'économie, — même entendue, au sens le plus strict, comme science des richesses (production, circulation, répartition, consommation), — se développe, presque tout entière, sur des postulats moraux, qu'elle suppose implicitement reconnus, qui n'en ont pas moins leur base dans l'éthique, dont les principes supérieurs en justifient la valeur et en assignent les limites [6]. Par exemple, quand

1. Voy. ci-dessus, p 19-20 (n° **71**).

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914. Première partie, chapitre second, § I, n°s **13-16**, p. 42-52.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 49-51 (n° **16**).

4. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 46-49 (n°s **15-16**).

5. Sur l'opposition des concepts (*Begriffe*) juridiques (*rechtliche*) et économiques (*wirtschaftliche*), cons. R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S., 1911, Vierter Abschnitt, B, 11, p. 306-311.

6. Voy., inclinant en sens contraire : Benedetto Croce, *Riduzione*

on recherche si telle ou telle mesure législative (soit, si l'on veut, la publicité des constitutions ou mutations de droits immobiliers) est apte à procurer le développement de la richesse générale, — pour la recommander ou l'improuver suivant les résultats positifs ou négatifs de l'appréciation obtenue sur ce point, — on accepte, comme préalablement établi, ce postulat « la richesse générale doit être développée », lequel, en dépit de son allure utilitaire, n'est pas moins, dans sa source profonde, d'ordre moral et peut comporter, comme tel, des réserves ou des restrictions essentielles. Au fond, en cas pareil, le point de vue moral domine tout et ne saurait se voir opposer le point de vue économique, qui doit lui rester subordonné.

A plus forte raison, en sera-t-il ainsi, toutes les fois que la question « richesse » elle-même reste étroitement liée à la valeur de l'homme ; ce qui apparaît de plus en plus fréquent, d'après les plus modernes notions de l'économie, et notamment pour tous les problèmes compris sous la dénomination large d'économie sociale [1].

Il est vrai que, par contre, on peut songer, hypothétiquement du moins, à des cas, où le point de vue utilitaire apparaisse si exclusif et si étroit, que la morale puisse sembler totalement désintéressée ou doive laisser le champ libre à la seule économie : ainsi, quand il s'agit d'organiser juridiquement les titres de crédit, la monnaie.

---

della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia (memoria letta all'Academia pontaniana nelle tornate de 21 aprile e 8 maggio 1907), sur lequel voy. A. Pagano, dans *Archivio giuridico*, 1907, t. LXXVIII, p. 490-495. — B. Croce, *Le droit comme économie pure*, dans *Le Mouvement socialiste*, mai 1909, XIe année, 3e série, p. 334-352.

1. Voy. notamment : Ch. Gide, *Économie sociale*, Paris, 1905, et spécialement p. 2-4. — *Cours d'économie politique*, Paris, 3e éd., 1913, p. 3-4. — Comp. Ch. Antoine, s. j., *Cours d'économie sociale*, 3e éd., Paris, 1905, notamment p. 5-7. — F. Lepelletier, *Qu'est-ce que l'économie sociale*, dans *La Réforme sociale*, n^os^ des 1-16 juin 1915, t. LXIX, p. 381-396. — Voy. aussi : E. Villey, *Le droit dans l'économie sociale*, dans *Revue d'économie politique*, 1913, t. XXVII, p. 290-303.

le change, la liberté des échanges internationaux. Pourtant, même dans les questions de ce genre, — et du moment qu'on excède le domaine de la pure technique du droit[1], — la morale demeure engagée, en dépit des apparences contraires, sous la forme de ces postulats généraux, auxquels demeure inéluctablement suspendue toute économie, envisagée suivant des vues pleinement rationnelles[2]. Et, à supposer qu'on pût la tenir pour totalement désintéressée, il resterait toujours que ce n'est que parce que la justice est hors de cause, que l'utilité a son libre champ et peut dicter la conduite à suivre. Or, cela même demeure une idée éminemment morale[3]. Aussi, puis-je adhérer, pour l'essentiel, à cette assertion formulée par Savigny : « Le but général du droit sort de la loi morale de l'homme sous le point de vue chrétien.... Ce but suffit au droit, et il est inutile de lui en ajouter un second tout différent sous le nom de bien public, et de placer à côté d'un principe de morale un principe d'économie politique. En effet, l'économie politique, cherchant à étendre notre empire sur la nature extérieure, ne peut que vouloir multiplier et ennoblir les moyens qui conduisent à l'accomplissement de la destinée morale de l'homme; mais cela ne constitue pas un but nouveau »[4].

1. Je rappelle que ce point de vue est réservé pour la troisième partie du présent travail.

2. Par exemple : qu'il faut développer le crédit; — qu'on doit favoriser la circulation des valeurs ; — qu'il convient de satisfaire le plus largement possible les besoins des particuliers, ou qu'au contraire il importe avant tout de sauvegarder la puissance nationale.

3. Comp. à cet égard, les judicieuses observations de C. Accarias, *Précis de droit romain*, 4e éd., Paris, F. Pichon, t. I, 1886, Introduction générale, p. xiv, *in fine*.

4. V. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. I, Paris, F. Didot, 1855, p. 51 (§ xv). — *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, B. I, p. 53-54 (§ 15) : « Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läszt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt.... Mit der Annahme jenes Einen Zieles aber

Ces observations doivent suffire à nous convaincre que « l'utile » est une dépendance du « juste », et qu'il intervient, à ce titre, mais avec une fonction nécessairement subsidiaire, pour déterminer le champ d'application de notre recherche des données du droit positif [1]. — En même temps, les explications, qui précèdent, auront montré que nous n'entendons pas nous cantonner dans la sphère exclusive d'un juste abstrait et laisser en dehors de notre horizon actuel les considérations de convenance et d'opportunité, qui ont une influence si importante sur la direction à assigner à la conduite humaine. Car, dans la mesure où elles échappent à l'arbitraire et à l'artifice, ces considérations s'imposent, de par la vie, et, contribuant à « informer » la justice, elles entrent bien dans le domaine de l'élaboration scientifique du droit, tel que nous l'avons déterminé et circonscrit [2].

II

166. — Ces premières bases une fois posées, si, nous plaçant en face du *complexus* étonnamment varié et enchevêtré du monde social, où s'agite et se poursuit la destinée humaine, nous cherchons à en dégager les éléments,

---

genügt es völlig, und es ist keinesweges nöthig, demselben ein ganz verschiedenes Zweites, unter dem Namen des öffentlichen Wohles, an die Seite zu setzen : auszer dem sittlichen Princip ein davon unabhängiges staatswirthschaftliches aufzunehmen. Denn indem dieses auf Erweiterung unsrer Herrschaft über die Natur hinstrebt, kann es nur die Mittel vermehren und veredlen wollen, wodurch die sittlichen Zwecke der menschlichen Natur zu erreichen sind. Ein neues Ziel aber ist darin nicht enthalten ».

1. En sens inverse, Paul VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles (Falk fils) et Paris (F. Alcan), 1907, p. 248 (n° 133, *in fine*), ramène tout le but social à l'utilité et ne voit dans le Juste « qu'une notion secondaire, un résultat ; il n'est que la consécration des solutions qui ont été inspirées par l'Utile ».

2. Comp. Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1891, n° 23, p. 36-38. — A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, n° **2**, p. 1-4. *Adde* : n^os **3-4**, p. 4-8.

qui, par leur valeur propre, puissent, en quelque mesure, constituer les règles primordiales du droit, suivant le programme que nous nous sommes assigné [1], il semble que nous nous attaquions à une besogne démesurée, voire infinie, et presque fatalement vouée à l'insuccès. Quelles circonstances de la vie, et, pour ainsi dire, quelles parcelles de l'Univers sensible ou supra-sensible ne sont pas susceptibles d'influer sur la conduite des hommes, pour en postuler une direction, qui, suivant le temps et le milieu, pourra prendre la couleur juridique [2]? Et, ne risquons-nous pas d'être écrasés sous leur masse, à vouloir composer toutes ces forces multiples, disparates, parfois contradictoires, en vue d'en tirer une résultante dominatrice, que paraît repousser leur hétérogénéité irréductible?

Il faut savoir franchement le reconnaître, — nous ne pouvons ici prétendre à faire plus que discerner les lignes principales, le long desquelles se poseront des faisceaux de mobiles capables de suggérer des règles de droit. Mais, ce qui importe surtout, c'est d'établir, entre ces mobiles, des groupes aussi distincts, aussi pleins, aussi compréhensifs que possible, de spécifier chacun d'eux, d'en soupeser la valeur quant à notre objet, d'en mesurer la force de résistance, afin d'en dresser comme une échelle, qui les hiérarchise tous, et d'en préparer les actions réciproques et les combinaisons nécessaires, pour l'obtention du but à atteindre par la pleine réalisation de l'ordre juridique.

Et, puisque cette étude nous met en présence de ce que j'ai appelé le *donné*, servant de matière première aux efforts des jurisconsultes [3], je proposerai, — usant d'une liberté d'analyse et de terminologie, qu'autorise un sujet trop

---

1. Voy. ci-dessus, n° **161**, p. 353-354, avec les références.
2. Comp. R. Saleilles (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1902-2°, t. XLIV, p. 317-318.
3. Voy. Fr. Geny. *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 97 (n° **33**).

peu considéré sous cet angle, — d'y reconnaître quatre aspects principaux, qui nous présentent à la base de tout système juridique : des données *réelles* ou strictement naturelles, des données *historiques*, des données *rationnelles* et des données *idéales*; toutes devant contribuer ensemble — chacune pour sa part et à sa façon — à suggérer les directions capitales du droit positif[1].

Quelques explications paraissent nécessaires pour développer ma pensée à cet égard. Je m'en tiendrai, d'ailleurs, à l'essentiel, que je chercherai à éclairer par un exemple, constamment emprunté à une institution juridique des plus connues : la réglementation de l'union des sexes (ou mariage *lato sensu*), envisagée dans ses conditions de formation et dans la preuve de la procréation qui en peut résulter.

167. — J'entends par données *réelles*, ou strictement *naturelles*, du droit positif, celles qui consistent dans les conditions de fait, où se trouve placée l'humanité. Peu importe qu'il s'agisse de la nature physique ou morale, dont l'homme est comme encerclé (climat, sol et ses productions, constitution anatomique et physiologique de l'homme, état psychologique, aspirations morales, sentiments religieux, etc.), ou des conditions économiques, qui influencent son activité, voire des forces politiques ou sociales existantes. — Ces réalités, positives et actuelles, ne créent pas directement les règles juridiques; mais elles en dessinent les contours, et, pour le moins, en constituent le milieu nécessaire. Ce sont donc

---

1. On pourrait, d'un autre point de vue, en s'attachant plus strictement à la nature intrinsèque de ce qui est *donné*, distinguer les données physiques, psychologiques, morales, économiques, politiques, sociales, etc., du droit positif. La distinction, ainsi présentée, me paraît, en ce qui touche l'élaboration scientifique du droit, moins fondamentale que celle indiquée au texte, dont elle peut, d'ailleurs, constituer la subdivision et le complément.

bien des données premières, dont il est indispensable de tenir compte avant tout, ne fût-ce que pour assurer la position des problèmes du droit, parfois même afin d'en circonscrire *a priori* la portée [1].

Ainsi, du fait qu'il y a des sexes différents, donnant lieu, entre les êtres humains, à une union *sui generis*, — donnée réelle au premier chef, surgit la question de la réglementation juridique de cette union. Si le même fait ne peut, à lui seul, fixer les règles du mariage, du moins en précise-t-il la notion, pour marquer, par exemple, que semblable union, quelques règles qu'on doive lui assigner, ne saurait exister, avec son caractère propre, entre êtres du même sexe [2]. Et les différences psychologiques ou morales, s'ajoutant aux différences physiques, conduiront aussi à reconnaître, entre le mari et la femme, une diver-

---

1. Il n'y a là que le résultat d'une observation incontestable. — Comp. G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg-i.-B., 1887, p. 235. M. Hauriou et A. Mestre (compte rendu de L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive)*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1°, t. XVII, p. 355, *in fine*. — En réalité, on discute seulement sur le point de savoir, s'il y a lieu d'ériger la « nature des choses » en source distincte et spécifique du droit positif, ou, plutôt même, en moyen technique d'interprétation juridique. Voy., pour l'affirmative : H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preuszens*, 3 A., t. I, Halle-a.-S., 1906, § 30, II, p. 85. Et, pour la négative : O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, Leipzig, 1895, § 21. III, *in fine*, p. 181-182. Une opinion sagement équilibrée est présentée par F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig. 1893, § 12, p. 68-71. — Voy. aussi le dissentiment entre B. Windscheid et Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., t. I, Frankfurt-a-M., 1906, § 22, note 8, p. 105-106; cpr. § 23, note 1 a, p. 107. — Cons. encore Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 468-469 (n° **159**).

2. Aussi, l'*inexistence* juridique du mariage, en cas d'identité de sexe chez les prétendus conjoints, est-elle, sous une forme ou sous une autre, reconnue par tous comme une nécessité de nature et, par suite, inéluctable. Cons. notamment : R. Saleilles *(La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage)*. dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1911, t. X, p. 352, p. 362, p. 364, p. 365. — Comp. Civ. cass., 6 avril 1903, Sirey, 1904.1.273, et note A. Wahl.

sité de situation juridique, que les conditions économiques et politiques du milieu social influenceront également, sous quelques rapports, de façon inéluctable[1].

Que si nous envisageons la filiation des enfants issus du couple humain, — dont la réglementation juridique consiste primordialement en un problème de preuve, — nous apercevons sans peine que les exigences du droit ne sauraient être les mêmes pour la preuve de la filiation maternelle, résultant d'un fait parfaitement individualisé, notoire, facile à constater, l'accouchement, et pour celle de la filiation paternelle, dont la source (*génération stricto sensu*), environnée de mystère, fugitive, trouble et équivoque par essence, reste, en réalité, pratiquement impénétrable et ne peut donner lieu à une preuve directe et positive[2]. Sans compter que des considérations morales et sociales, des plus variées, interviennent, ici encore, pour assujettir les règles nécessaires à certaines directions irrésistibles.

On voit par là combien il est excessif, et même absolument faux, de nier, — selon les vues du positivisme juridique[3] — l'existence de tout élément *naturel* à la base du droit positif[4]. Assurément, les *data*, que nous relevons

1. Comp. Herbert SPENCER, *Principes de sociologie*, trad. E CAZELLES, t. III, Paris, 1883, p. 391-392 (§ 455).

2. De même, les observations physiologiques, relatives à la durée des gestations utérines, imposent, dans les limites constatées, les présomptions, que le droit établit pour fixer la période où la conception a pu intervenir : art. 312-315 C. civ. français. Voy. dans FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. X, p. 13, note a [p. 13-18], *le Précis présenté par M. Fourcroy, sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées et tardives.*

3. Du moins, dans la forme exaspérée, que leur ont donnée, par exemple, K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, t. I, Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, 1892, § 14-15, p. 367-479 et E. NEUKAMP, *Einleitung in eine Entwickelungsgeschicht des Rechts*, Berlin, C. Heymann, 1895, notamment p. 35-56, p. 74 (nº 5). — Comp. ci-dessus, nº **75**, p. 31-39.

4. La vérité, est, au contraire, que l'élément naturel, s'impose parfois,

ici, ne constituent pas, à eux seuls, le règlement juridique, puisqu'ils ne déterminent point l'assujettissement de volonté, qui rentre pleinement sous cette dénomination. A tout le moins, pourtant, en sont-ils les conditions premières, et demandent-ils à être reconnus comme tels, aussi bien qu'à être précisés au point de vue de ce qu'ils peuvent suggérer pour circonscrire la règle de droit. Et, dans ce domaine d'action limité, leur force sera d'autant plus grande, qu'ils sont dépourvus de tout arbitraire et supérieurs à toute réglementation technique.

C'est, sans doute, en songeant à ces éléments primitifs de toute organisation juridique, que les jurisconsultes romains nous ont parlé d'un *jus naturale... quod natura omnia animalia docuit*, et qu'ils en citaient, comme applications : *maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus... liberorum procreatio... educatio* [1]; toutes circonstances de fait et, pour ainsi dire, matérielles, qui ne contiennent pas, en elles-mêmes, la règle, mais lui servent de substratum nécessaire. Dans un sens analogue, et où l'idée apparaît plus précise, d'autres textes romains signalent une *naturalis ratio*, que les lois civiles ne peuvent méconnaître, et qu'il faut retrouver à leur base, même quand elles la complètent par des institutions artificielles [2]. — On peut aussi reconnaître l'essentiel de la

---

de lui-même, avec une telle force, qu'il supprime la nécessité de toute réglementation positive. C'est ainsi que le Code civil allemand de 1896 a pu se dispenser de signaler et d'organiser la confusion, considérée comme mode d'extinction des obligations. Voy. : *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1897, t. I, p. 376.

1. Voy notamment : D., *De justitia et jure*, I, 1, fr. 1, § 2, Ulpianus. — Inst., *De jure naturali, gentium et civili*, I, 2, pr. — Et, là-dessus, comp. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, Freiburg-i.-B., 1909, p. 200-201.

2. Voy., par exemple : Gaius, D., *De usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur*, VII, 5, fr. 2, § 1 : « Quo senatus consulto non id effectum est ut pecuniæ usus fructus proprie esset (nec

même notion dans la célèbre définition, qu'a donnée Montesquieu, des « lois dans leur signification la plus étendue », en y voyant « des rapports nécessaires qui résultent de la nature des choses »[1].

Quoi qu'il en soit, nous avons ainsi une première série de données du droit positif (données *naturelles* ou *réelles*), qui tombent sous la connaissance positive, sont susceptibles d'observation ou d'expérimentation, et, par suite, comportent, dans toute la force du terme, une élaboration strictement scientifique[2].

Si elles ne suffisent pas pour justifier toute *la règle du droit*, elles ont pourtant une importance capitale, comme conditions primordiales de son établissement. Et, leur influence demeure prépondérante en certaines théories juridiques, dominées par les exigences du fait, par exemple dans toute la théorie des preuves, où les solutions, en tant qu'on les isole des artifices techniques qui les revêtent ou les transforment, ont leurs racines dans la pure nécessité des choses[3], dans ce *donné réel* de la vie

---

enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit). sed remedio introducto cœpit quasi usus fructus haberi ». Comp. Inst., *De usufructu*, II, 4, § 2. — Voy. aussi : Gaius, D., *De capite minutis*, IV, 5, fr. 8 : « Eas obligationes, quæ naturalem præstationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest... ». Comp. Inst., *De legitima agnatorum tutela*, II, 15, § 3. — Cons. E. Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 A., Jena, 1907, v^is *Natura* : a (comp. f) ; — *Naturalis* : a, naturale jus (comp. c).

1. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre premier, chap. I, *initio*. — On sait, d'ailleurs, quel usage Montesquieu a su faire, pour son but, des « données naturelles » du droit, largement entendues. C'est presque tout *l'Esprit des lois*.

2. Ces « données naturelles » répondent, pour une bonne part, à la notion de « lois naturelles », sur laquelle voy. ce qui a été dit précédemment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 43-44 (n° **14**).

3. En effet, tout le système juridique des preuves repose sur deux idées, manifestement issues de la nature des choses, la force de l'aveu et la valeur du témoignage.

humaine et sociale[1], qui s'impose brutalement à toutes les volontés [2].

168. — Sur ce *donné réel* vient se greffer un *donné historique*.

Les faits et circonstances de la vie humaine ou sociale en ont déterminé une certaine réglementation. Celle-ci est même, à la longue, devenue fort considérable. Elle s'est réalisée notamment par le jeu de ces moyens techniques, que nous devons signaler plus loin : coutume caractérisée, loi écrite et autres sources formelles du droit qui s'y peuvent rattacher; sans parler des instruments d'interprétation ou d'application, doctrine, jurisprudence, pratique proprement dite[3]. De cet ensemble de forces concurrentes, complété encore par le travail mystérieux qui accompagne l'évolution même du monde, résulte un acquis de préceptes, servent de cadre à la conduite de l'humanité, qui, parfois, pèsera lourdement sur elle, dont, en tout cas, elle ne saurait faire abstraction, dans la poursuite de sa marche progressive [4]. Et, ce produit de

---

1. On pourrait aussi, dans le domaine international, signaler, à titre d'exemple, l'influence des progrès de la construction navale sur la nature des opérations militaires et leur répercussion indirecte sur les règles juridiques de la guerre maritime. Cons., à cet égard : E. Bertin, *Droit international et guerre navale. — Les croisières et le blocus. — Les sous-marins*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 août 1915, sixième période, t. XXVIII, p. 758-771, notamment p. 767-769.

2. On verra, par la suite, comment ce *donné réel* ou *naturel* est élaboré par la raison, pour ouvrir la place à un *donné rationnel*. — Voy. ci-après : n° **169**, p. 380-384 et nos **171-174** *bis*, p. 389-415, *passim*.

3. Voy. ci-après la troisième partie de ce travail. Et comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, troisième partie, chapitre premier, nos **91-154**, p. 206-456.

4. Comp. H. Capitant (à propos de R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 735, note 2 : « Il y a dans le droit d'un peuple, tel qu'il se présente aux diverses époques de son histoire, un ensemble d'institutions et de règles qui peuvent être considérées comme les pièces essentielles du système de l'époque juridique considérée. Il n'est pas

l'histoire ne consiste pas seulement — à l'image du *donné réel* — en éléments matériels, bruts, et, pour ainsi dire, passifs, de l'organisation juridique; il contient, toutes formées, des règles d'ores et déjà suffisantes, pour diriger les volontés des hommes et constituant, dès à présent, le droit postulé par la vie.

Pour reprendre l'exemple précédemment adopté, — l'union des sexes nous apparaît aujourd'hui, — quand nous ne la jugerions que sur les données de l'histoire, — sous l'aspect du mariage, institution étroitement réglementée dans ses conditions et ses effets, de façon quelque peu différente suivant les temps et les pays, toujours, du moins, régularisée par le contrôle d'une autorité sociale, soit religieuse, soit civile. Il y a là le résultat évident d'une « durée », qui, travaillant sur la nature, y a ajouté une puissance nouvelle. — De même, les preuves de la filiation sont précisées et complétées, dans leurs éléments strictement naturels, au moyen de prescriptions législatives ou coutumières, dont les diversités locales restent dominées par des idées si générales, qu'elles semblent bien se dégager de la vie; telles, les présomptions légales sur les limites extrêmes des gestations utérines, la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, les cas exceptionnels de désaveu, la constatation officielle des naissances, le rôle de la possession d'état d'enfant légitime..., etc.; toutes déterminations de règles, qui se sont consolidées par l'effet du temps et font aujourd'hui partie de notre patrimoine juridique acquis.

---

dans le pouvoir du législateur de supprimer les unes ni les autres, parce qu'elles sont le résultat d'une longue évolution historique et ont leur raison d'être dans un régime économique et social que l'homme est incapable de transformer. Dès lors, ne peut-on pas dire, sans craindre de tomber, me semble-t-il, dans les illusions du vieux droit naturel, que ces institutions et ces règles forment, pour nos générations présentes, la base inébranlable de notre droit privé, et constituent l'élément scientifique, ou ce que M. Geny a dénommé « le donné » de l'ordre juridique? ».

Ces indications, qu'il serait aisé de multiplier par des emprunts à toutes les matières du droit, font suffisamment apercevoir, que le *donné historique* sera, à la fois, vague et universel dans ses grandes lignes, plus précis et particularisé dans ses détails. Tel qu'il est, avec son contenu et sa portée variables, il est impossible d'en faire fi. En réalité, c'est toujours sur lui qu'on bâtit, puisque, quelques réformes juridiques que l'on envisage, il ne peut jamais s'agir que de substituer un droit, à quelques égards nouveau, à un droit préexistant[1].

Non seulement, le passé s'impose en fait, mais il jouit d'une autorité légitime. Autorité, non pas, sans doute, irréfragable, puisqu'on peut toujours songer à innover et qu'on doit même, par suite, n'envisager le droit existant que d'un œil critique, mais pourtant autorité provisoirement établie et qui tiendra justement en échec un excessif esprit de réforme. « La science », a dit H. Poincaré[2], « n'est et ne peut être qu'expérimentale, et l'expérience en sociologie, c'est l'histoire du passé; c'est la tradition que l'on doit critiquer sans doute, mais dont on ne doit pas faire table rase ».

Nul doute, en effet, que nous soyons ici en présence d'éléments tout prêts pour l'élaboration scientifique, si l'on admet seulement que l'objet de l'histoire n'est autre que l'expérience même de l'humanité, et que sa méthode se ramène à une observation judicieusement conduite suivant la nature des objets à observer.

Le *donné historique* nous apparaît donc comme solide-

---

1. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, Leipzig, 1895, § 17, *initio*, p. 125, observe justement qu'on n'a jamais constaté la création du droit, mais seulement sa transformation. — Comp. H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preuszens*, 3 A., t. I, Halle-a.-S., 1906, § 16. Das Wesen des Rechtes und seine Bildung im allgemeinen, p. 47-48.

2. H. Poincaré (La morale et la science), dans *Dernières pensées*, Paris, E. Flammarion, 1913, p. 241.

ment établi et capable d'offrir à l'investigation scientifique du droit une base des plus sérieuses, bien que sujette au contrôle des facultés les plus hautes de l'esprit. De fait, on peut observer que des institutions juridiques capitales, telles que la propriété individuelle dont le fondement rationnel reste sujet aux plus vives discussions, trouvent leur plus solide point d'appui dans l'évolution historique, dont elles sont sorties [1].

Et cette observation permet peut-être d'expliquer comment les jurisconsultes romains ont parfois rapproché du *jus naturale* — jusqu'à sembler le confondre avec lui — un *jus gentium* [2], représentant la partie la plus universelle, douée en conséquence d'une autorité supérieure, de ce fonds historique, qui, — bien qu'en soi simple résultat formel des autres (*donné réel, donné rationnel, donné idéal*), — s'impose à part, pour figurer, en bonne place, parmi les éléments, proprement scientifiques, du droit positif [3].

---

1. Comp., en ce qui concerne la justification de la propriété, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., Paris, 1911, t. I, nos 2322-2323, p. 718-719, dont la conclusion s'énonce ainsi : « En somme, la propriété individuelle est un fait qui s'impose au législateur. On peut s'efforcer d'en retrouver l'histoire ; c'est une étude utile, mais on perd son temps à disserter sur la légitimité d'une chose qu'il ne dépend pas de nous de modifier, par plus que la configuration des continents ou la diversité des races humaines ». — On pourrait formuler une idée analogue, au sujet d'autres institutions juridiques importantes, le système successoral *ab intestat*, par exemple. Sur celui-ci, voy. ci-après, p. 403-405 (no **173**).

2. Voy. surtout GAIUS, *Comm.* I, 1 : « ... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur ». — Comp. ULPIANUS, D. *De justitia et jure*, I, 1, fr. 1, §§ 3-4 et Inst., *De jure naturali, gentium et civili*, I, 2, pr. et § 1. — Cons. E. SECKEL, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 A., Jena, 1907, vo *Gens* : 2, jus gentium.

3. Comp., sur la nécessité d'un robuste fondement historique pour le droit civil moderne : J. W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, Ester Teil, Berlin, 1910, Vorwort, notamment p. VII-VIII. — E. NEUKAMP, *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts*, Berlin, C. Heymann, 1895. — Et, sur l'importance du donné historique dans le Code civil suisse du 10 décembre 1907,

169. — Mais, ainsi que le *donné naturel* ne nous offre guère qu'un milieu d'éclosion juridique, qui demande un germe fécondant, le *donné historique*, même s'ajoutant au précédent, ne suffirait pas à procurer les préceptes nécessaires, pour diriger, d'une manière convaincante et efficace, les volontés raisonnables des hommes vivant en société. Le passé, qui parfois éclaire merveilleusement le présent, ne saurait éteindre l'avenir de façon à arrêter tout progrès. Quant il s'agit de régler la conduite morale et sociale de l'humanité, suivant une marche progressive, le critérium décisif doit être cherché dans un domaine supérieur aux contingences et aux hasards de la vie. Du moins, faut-il éprouver les résultats bruts de la nature et de l'histoire, en les soumettant à l'esprit, seul capable de juger s'ils répondent au but qui domine toute organisation juridique.

C'est pourquoi, doit intervenir, tout d'abord, à côté des précédents et avec une valeur prépondérante, un *donné rationnel*, qui contiendra la direction capitale, pour assurer autant qu'elle est possible, l'élaboration scientifique du droit objectif.

En réalité, ce *donné rationnel* représente le fonds essentiel du droit naturel classique, nettement dégagé de tout alliage; sinon le *jus naturale* des Romains[1], du moins

---

voy. R. Saleilles, *La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1911, t. X, p. 476-512, *passim*, notamment p. 476-477, p. 482-484, p. 489, p. 501, p. 503, p. 510-512. — Voy. aussi, pour d'autres vues sur le rôle de l'histoire dans l'interprétation et l'application du droit : J. Acher, *Le droit civil et l'histoire du droit*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1906, t. XXX, p. 5-17, p. 193-210, p. 385-403, et 1907, t. XXI, p. 97-109.

1. Cons. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, Freiburg-i.-B., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, Erster Artikel, § 3, p. 190-201. — Et, pour les autres peuples de l'antiquité : *ibid.*, §§ 1-2, p. 181-189. — *Adde* : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., Freiburg-i.-B., 1904, Erster Teil, Achtes Buch, Sechtes Kapitel, § 2, I, p. 539-542 et Anhang, *passim*.

celui qu'ont élaboré les philosophes modernes, en prenant le plus pur de leurs conclusions[1]. Il est, en effet, des règles de conduite (notamment dans l'ordre juridique), que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent, pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses, — avec les signes qui distinguent les préceptes du droit, — elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immutabilité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques. Et, bien que la nécessité, qui les domine, ne soit pas physique (comme celle issue du *donné réel*), mais purement morale, elles méritent absolument, en raison de leur objet, de composer le droit proprement naturel, avec les qualités spécifiques qui lui sont reconnues (universalité et immutabilité de principe)[2]. — Ce n'est donc qu'à cause des équivoques, suscitées par cette dernière dénomination et parce que, d'autre part, la raison reste ici l'instrument de découverte vraiment adéquat au but, que, du point de vue où nous sommes placés, nous parlons plus volontiers de *donné rationnel*, pour désigner les principes résultant, pour la direction de l'humanité, de la considération *réfléchie* des éléments des rapports juridiques[3]. Mais il doit rester bien entendu, en vue d'assurer à ce *donné rationnel* la valeur éminente dont il est digne, qu'il ne comprend que les préceptes, que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme, sans l'étendre jusqu'aux *desiderata*, plus raffinés et plus contestables, suggérés par des

---

1. Voy. notamment : V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, Freiburg-i.-B., 1909, Dritter Abschnitt, Viertes Kapitel, p. 180-303. — *Moralphilosophie*, 4 A., Freiburg-i.-B., 1904, Erster Teil, Achtes Buch, Dritter Kapitel, Dritter Artikel, p. 485-514.

2. Voy., à cet égard : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 485 (n° **162**).

3. Comp. A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 1 (n° **1**). *Adde :* nos **2-3**, p. 1-5.

aspirations moins nettes, et que nous renvoyons au *donné idéal* [1].

Ainsi, dans la matière du mariage, nous voyons bien que la nature de l'homme, telle que l'interprète la raison, commande de n'admettre, comme régulière et seule apte à fonder une famille socialement reconnue, qu'une union stable et permanente, résultant d'un accord de volontés sérieux, distincte, comme telle, de l'accouplement brutal, et réalisant, en vue d'une moralité supérieure et de l'éducation éventuelle des enfants, l'emprise nécessaire de l'homme sur ses passions [2]. — Mais le *donné rationnel*, strictement entendu, nous paraît dépassé, dès qu'on veut joindre à cette exigence — qui reste, sans doute, le minimum de la notion de mariage — celle de la monogamie stricte [3], ou celle de l'indissolubilité absolue du lien [4], ou encore des prohibitions pour consanguinité excédant la parenté en ligne directe [5]. Non pas, qu'il n'y ait là des *desiderata* moraux fort importants, suggérés par une haute pensée de progrès et méritant, à ce titre, une consécration juridique positive. Mais il me paraît, qu'à ce point de vue, ils ne peuvent ressortir que d'un degré supérieur de considération, nous transportant dans la sphère de l'idéal, et qu'on risque de tout confondre à vouloir les comprendre parmi les données vraiment rationnelles du droit positif. Celles-ci ne conservent leur

---

1. Voy. ci-après, n° **170**, p. 384-389.

2. Comp. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., Freiburg-i.-B., 1904, t. I, p. 391-395.

3. Surtout, si l'on ne visait pas seulement l'exclusion de la polyandrie. — Comp. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 400-403, qui, du point de vue du droit naturel, réprouve la polygynie, à moins d'une permission spéciale de Dieu.

4. Comp. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 403-410, qui, condamnant absolument tout divorce, du point de vue du droit naturel, doit encore réserver le cas exceptionnel de l'autorisation divine.

5. Comp. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 412 (n° **5**).

caractère spécifique, qu'à la condition de rester enfermées en leur cadre propre. — De sa nature donc, le *donné rationnel* doit être cantonné au champ d'application strict de la raison; et, c'est une erreur trop fréquente chez les théoriciens du droit naturel, que de prétendre en trouver de larges applications en toutes matières juridiques[1].

Le plus souvent, il n'apparaît que sous forme très générale, comme on l'a vu tout à l'heure à propos du mariage. — Et, s'il s'agit de régler les preuves de la filiation qui en découle, il est encore plus évident que la raison fournit seulement des directions, à peine distinctes des réalités elles-mêmes, soit qu'elle consacre la force du témoignage (au sens large) dans la preuve de la naissance (acte de naissance ou preuve directe par témoins), soit qu'elle admette la possession d'état comme reconnaissance de filiation, soit qu'elle proclame et précise les présomptions de paternité[2], soit enfin qu'elle organise de toutes pièces les preuves de la filiation naturelle[3].

A dire vrai, il ne paraît pas possible — en dépit des efforts déjà multipliés en ce sens — de ramener le contenu des données rationnelles du droit positif à une seule formule, à la fois pleinement compréhensive et suffisamment précise de contours. Le jeu des facultés de l'homme, s'appliquant à pénétrer la nature en vue d'une direction morale, reste trop mystérieux, pour qu'il soit possible d'en délimiter et préciser strictement les effets. Je me borne donc à constater que le champ d'action, envisagé ici, enferme exclusivement tout ce que la raison dégagera sans conteste, comme règles juridiques, de la nature de l'homme, placé en face du monde et assujetti à ses lois.

---

1. Comp. ce qui a été dit plus haut : soit, à propos de Boistel, p. 293-294 (n° **140**); soit, à propos de Cathrein, p. 349 (n° **158**); soit, plus généralement, sur les doctrines de droit naturel, n° **159**, p. 349-350.
2. Voy. *passim* les art. 312-333 C. civ. français.
3. Comp. les art. 334-342 C. civ. français et la loi du 16 novembre 1912.

Ainsi caractérisé, le *donné rationnel* résulte d'une élaboration véritablement scientifique, si l'on reconnaît ce caractère — comme on le doit incontestablement faire — à toute activité intellectuelle, pénétrant l'essence des choses par ses moyens propres de connaître, sans s'aider de forces plus obscures, dont la valeur resterait discutable [1]. — Il s'en déduit que, nettement dégagé dans les limites de sa portée spécifique, le *donné rationnel* impose irrésistiblement les règles, qu'il révèle, par une nécessité aussi forte, — bien qu'elle puisse être méconnue en fait, — que la nécessité, pour ainsi dire, physique, du *donné réel*. Aussi, peut-il et doit-il, une fois reconnu, l'emporter sur le *donné historique* et servir de base au *donné idéal*, susceptible seulement de le parfaire.

170. — Reste, en effet, à reconnaître, à côté des éléments objectifs qui précèdent, capable d'agir sur chacun d'eux, extrêmement étendu dans sa portée, flottant et vague dans son contenu, un *donné idéal*, qui semble concentrer toutes les aspirations humaines, en vue du progrès incessant du droit positif. De fait, en dehors du règlement juridique, qu'imposent les réalités de la vie ou les exigences de la raison déjà quelque peu organisées par l'histoire, se présente un ensemble de considérations, d'ordre physique, psychologique, moral, religieux, économique, politique, qui, sans déterminer, de façon nécessitante, de nouveaux préceptes de conduite sociale, en projettent, en quelque façon, l'inclinaison [2], ou, du moins suggèrent la direction à suivre. Il y a bien là — quoique la notion

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, *passim*, notamment : p. 74 (n° **24**) ; p. 83-84 (n° **27**) ; n° **28**, p. 85-87 ; p. 95 (n° **32**); p 98 (n° **34**); p. 102-103 (n° **35**); p. 120-121 (n° **42**) ; p. 143-145 (n° **48**) ; p. 162-164 (n° **56**); p. 182-185 (n° **61**) ; n°s **62-63**, p. 186-194 ; n° **67**, p. 210-212.

2. Comp., sur la « projection » dans l'élaboration des idées juridiques : K. G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, p. 43-45 et p. 60-93.

en puisse sembler, de prime abord, contradictoire, — un *donné* de la vie, susceptible de contribuer à pousser l'élaboration du droit, mais un *donné purement idéal*, puisqu'il ne représente, ni des réalités saisissables, ni des conditions rationnelles, moins encore un acquis historique, et qu'il se ramène à de simples tendances vers une organisation désirable des rapports de droit.

Au vrai, ce donné idéal est extrêmement vaste et forme comme l'atmosphère ambiante de toute question de droit débattue. Qu'on prenne un problème législatif quelconque, de ceux qu'on discute, sous toutes formes et sans relâche. On y trouvera produites mille considérations, qui ne consistent ni en nécessités physiques ni en besoins rationnels à proprement parler, qui ne sont pas toujours imposées par l'influence du passé, qui pourtant sont mises en avant à titre de *desiderata*, que postule le sentiment public ou l'état actuel de la civilisation. C'est ce que l'on rencontre notamment, à chaque pas, dans les *Motive*, si soigneusement élaborés, du projet, qui devait aboutir au Code civil allemand de 1896 [1], et, aussi bien, en tous les travaux ou délibérations, que suscite une réforme quelconque du droit existant. — Il est aisé d'observer, que des considérations, du même genre, se retrouvent implicitement supposées dans les controverses de morale et de droit, où le procédé, le plus souvent employé et le plus décisif pour l'esprit, consiste à réfuter les opinions, qu'on combat, en alléguant l'absurdité ou l'inadmissibilité des conséquences auxquelles elles conduisent. C'est le mode d'argumentation, qui a fait le principal succès des *Provinciales* de PASCAL. C'est encore à lui, qu'ont recours aujourd'hui, quand ils veulent arriver à des résultats positifs, les négateurs audacieux de toute morale dogma-

1. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 5 Bde, Berlin u. Leipzig, J. Guttentag, 1888.

tique et de tout droit naturel [1]. — Il est bien vrai, qu'en l'employant, on affirme, bon gré mal gré, le caractère impérieux de certains principes latents de l'ordre moral ou juridique. Mais, quand ces principes ne se présentent pas sous le couvert de la raison raisonnante, quand ils sont simplement impliqués, comme pénétrant invinciblement toutes les consciences à une heure donnée, ils semblent racheter — et au delà — l'infirmité de leur origine, par cette force, particulière à l'idéal, qui entraîne les volontés vers les solutions paraissant souhaitables.

C'est sur la base d'un idéal de cette sorte, qu'il y a lieu de justifier et d'apprécier, en l'état actuel de notre civilisation, le principe de la monogamie, l'indissolubilité fondamentale du lien conjugal, l'extension de la notion purement rationnelle d'inceste [2], et toutes les précisions et restrictions introduites dans l'institution du mariage. En tant qu'elles ne se ramènent pas à des exigences absolues de la raison, elles apparaissent comme répondant aux aspirations morales ou sociales de la civilisation et ne peuvent valoir qu'à ce titre. — Et, c'est aussi l'idéal, tel qu'il nous est donné, qui dirigera l'affinement des preuves de la filiation, soit qu'on facilite la preuve de la maternité légitime, en cherchant seulement à en empêcher les abus, soit qu'on renforce les présomptions de paternité, en limitant les cas de désaveu, soit encore qu'on restreigne ou qu'on élargisse les preuves de la filiation naturelle en conformité des courants d'idées dominants.

---

1. Voy., par exemple : A. Bayet, *La casuistique chrétienne contemporaine*, Paris, 1913. — Le même auteur a écrit : « ... tout le monde est d'accord sur la nécessité de combattre l'alcoolisme, la misère, d'assurer l'éducation des enfants... ». *La morale scientifique*, 2e éd., Paris, 1907, p. 155. — On peut, d'ailleurs, se demander pourquoi cet accord doit être décisif, si l'on supprime tout fondement rationnel de l'ordre moral. Comp. ce qui a été dit plus haut, n° **84**, p 70-74.

2. Voy. ci-dessus, p. 382, texte et notes 2 à 4, avec les références (n° **169**).

— Par où l'on voit, que le *donné idéal* ne saurait, — à la différence du précédent (*donné rationnel*), — être aucunement considéré comme universel ni immuable, et, qu'en raison de son caractère, quelque peu subjectif, il confine à la technique, ou, du moins, il y conduit[1].

Pourtant, il n'est pas d'ordre purement technique. Car il s'impose, en quelque mesure, à l'esprit, et, par là même, demeure essentiellement un *donné*. Seulement, il paraît difficile de lui assigner, de façon générale, un caractère strictement scientifique. C'est qu'il ne provient pas d'une prise de connaissance rationnelle, mais plutôt de ces forces, mal précisées, qui, sous le nom de croyance[2], ou de sentiment[3], déterminent, d'une façon mystérieuse mais certaine, des convictions ou des mouvements de volonté lesquels, se retrouvant en autrui, présentent, par là même, une objectivité suffisante. Il ne s'agit pas de l'opinion publique; puissance aveugle et brutale, celle-ci peut *parfois* révéler l'idéal, mais reste incapable de le détruire, quand elle s'insurge contre lui sous la poussée d'un instinct évidemment inférieur[4]. Il faut plutôt parler ici d'une intuition, d'une « expérience intégrale », qui supplée l'intelligence défaillante et mérite, par sa nécessité et sa profondeur mêmes, l'influence, que lui reconnaît le témoignage universel de l'humanité[5].

---

1. Voy., ci-après, la troisième partie de ce travail.

2. Cons. L. Lévy-Bruhl, *Les théories nouvelles de la croyance*, dans *Revue des deux mondes*, numéro du 15 mai 1894, quatrième période, t. CXXIII, p. 414-441, dont les conclusions (hostiles à la valeur de la croyance) me paraissent condamnées par les faits.

3. Comp. H. Poincaré (*La morale et la science*), dans *Dernières pensées*, Paris, 1913, p. 227-240.

4. J'estime, par exemple, qu'il serait absolument contraire à l'*idéal*, sainement entendu, de céder à un mouvement de l'opinion publique (même supposée certaine), qui prônerait l'élargissement du divorce à l'heure actuelle. Encore moins, si l'on en arrivait à ériger en but à poursuivre la restriction systématique de la natalité, suivant les doctrines dites néo-malthusiennes. — *Adde*, sur la valeur normative de l'opinion publique, ci-dessus, n° **78**, p. 48-50.

5. Comp. L. Brocard (*Le catholicisme social et l'idée du droit à

Il est clair que ce *donné idéal* ne saurait avoir, en lui-même, l'autorité décisive des suggestions de la raison pure, interprétant la nature à la lumière de l'histoire. Mais, à défaut de celles-ci ou pour les compléter, il intervient comme un instrument, essentiel et non négligeable, du développement juridique. Bien plus. On peut considérer qu'il procure un affinement des conclusions de la raison et qu'il tend à accroître la nature intelligible des choses, en rapprochant la vie sociale de la justice suprême, que postulent les aspirations les plus élevées et sans cesse mouvantes de l'homme. — Il permet même parfois de lutter contre des institutions, qui seraient tenues pour imposées par la nature ou la raison, mais qui ne répondraient pas à l'état de la civilisation ou au progrès des idées. Et, c'est ainsi, par exemple, qu'au principe d'une attribution aveugle des risques sociaux à celui qui s'en trouve directement atteint, sauf le cas d'une faute caractérisée entraînant responsabilité du coupable, — principe qui passait naguère encore pour seul rationnel, — les aspirations de la conscience moderne tendent à juxtaposer, et parfois à substituer, la règle d'une répartition des risques fondée sur une large coopération de tous à la vie sociale[1]. Quelques correctifs et réserves que comporte ce mouvement[2], du moins nous représente-t-il une idée, tendant à influencer la raison elle-même, en modifiant sa direction première dans un sens plus conforme aux nécessités de l'heure présente.

---

l'existence), Préface au livre de J. A. Ryan, *Salaire et droit à l'existence*, Paris, Giard et Brière, 1910, p. VI, p. XXIV-XXVII, p. XLIII, p. XLV.

1. Comp. Fr. Geny (*Risques et Responsabilité*) dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 816-821. — Voy. l'application du *risque social*, à la charge de l'État, formellement consacrée par la loi du 16 avril 1914, art. 1 modifiant l'art. 108 de la loi municipale du 5 avril 1884. — Rappr. ci-après, p. 412-414, n° 174 *bis*.

2. Comp. Fr. Geny (*Risques et Responsabilité*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 837-844.

En tout cas, le *donné idéal*, dont l'existence et l'importance sont certaines, ne pouvait être négligé dans un inventaire, qui vise à reconnaître, aussi objectivement que possible, tous les éléments de l'organisation juridique positive[1].

III

171. — Telles nous apparaissent, — sous une forme quelque peu artificielle, à la suite d'un « morcelage », tendant à démembrer, pour les besoins de la connaissance, un ensemble de réalités indivisibles[2], — les principales catégories de données, qui entrent dans la constitution même du droit positif. Chacune d'elles doit être dégagée et appréciée, quand il s'agit de poser, sur un point quelconque, une règle juridique. Mais, ce n'est pas assez de constater ou de soupeser isolément ces éléments premiers de toute organisation sociale, pour leur faire rendre, chacun à part, ce qu'ils renferment. Il faut encore les subordonner les uns aux autres, et, en quelque façon, les hiérarchiser, de manière à combiner leurs actions avec une certaine harmonie, en vue du but qu'il s'agit d'atteindre. Les lois de pareil agencement, déjà esquissées dans les explications qui précèdent[3], auraient besoin d'être envisagées de plus près, et, autant que possible, précisées jusqu'à l'application concrète.

Tous les efforts se doivent concentrer autour du *donné rationnel*, qui révèle la substance propre, vraiment spécifique, des règles de droit à dégager. Le *donné réel* et le

---

1. Comp. H. CAPITANT (sur : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé)*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 734, note 1, et p. 735, note 2

2. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, *passim*, notamment p. 12 (n° **4**); p. 73-74 (n° **24**); n^os^ **26-27**, p. 80-85 ; n^os^ **39-40**, p. 111-114; p. 120-121 (n° **42**); n^os^ **45-56**, p. 130-164; p. 172-174 (n° **59**); p. 182 (n° **61**).

3. Voy. ci-dessus, n^os^ **166-170**, p. 369-389.

donné historique, tels que nous les avons présentés [1], servant d'assise ferme à toute l'élaboration, ne demandent qu'à être constatés, et ne prêtent pas, en eux-mêmes, à une activité personnelle et créatrice de l'esprit juridique. Quant au *donné idéal*, il n'intervient, nous l'avons vu [2], que pour affiner et perfectionner les directions de conduite, que suggère la raison interprétant la nature ou l'histoire. — Au fond, le droit reste essentiellement œuvre rationnelle [3]. De fait, aussi, le pivot de toute élaboration scientifique du droit a toujours résidé dans ce discernement des règles par la raison considérant la vie, d'où provient ce que l'on appelle, plus spécialement et plus précisément, le droit naturel. Créé par les réalités et par l'histoire, incessamment travaillé par l'idée, en lui réside l'essence profonde du droit.

Que doit nous fournir ce *donné rationnel* exactement compris? J'ai déjà laissé entendre qu'on risque de l'épuiser, de le dépouiller de sa forte substance, à vouloir en tirer des solutions trop nombreuses et trop précises [4]. Mais encore, que peut-on légitimement lui demander? Essentiellement, une seule chose, la notion de justice, qui permet seule d'établir l'ordre et la paix dans la vie sociale [5].

Or, la précision, la plus nette, qu'on ait tentée de la notion de justice, remonte, pour ses principes du moins, à Aristote [6]. Et les modernes, qui persistent à chercher

---

1. Ci-dessus, nos **167-168**, p. 371-379.
2. Ci-dessus, n° **170**, p. 384-389.
3. Ci-dessus, n° **169**, p. 380-384.
4. Plus haut, p. 381, p. 382-383 (n° **169**).
5. Comp. L. Duguit (*De la situation des particuliers à l'égard des services publics*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1907, t. XXIV, p. 416-418. — *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. I, p. 41-42 (n° **14**). — *Transform. dr. public*, p. 4-5.
6. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, liv. V, surtout chap. II, § 12, et chap. III-IV. Voy. *Morale d'Aristote*, trad. Barthélemy Saint-Hilaire, Paris, 1856, t. II, p. 140-151.

dans la raison les bases objectives du droit naturel, n'ont pu que reprendre les analyses du Philosophe[1]. — Suivant ses vues, que leur simplicité et leur évidence rendent incontestables, la justice (en soi, vertu qui tend au juste) consiste essentiellement à attribuer à chacun le sien, en désignant celui-ci par un rapport de convenance immédiate[2]. Pour préciser, on oppose l'individu tant aux autres individus qu'à la société elle-même, et l'on reconnaît le rapport de convenance dont il s'agit, soit dans les relations des individus entre eux (justice commutative), soit comme devoir de la société envers ses membres (justice distributive), soit comme devoir de ceux-ci à l'égard de la société (justice sociale). — D'ailleurs, cette distinction ne constitue pas beaucoup plus qu'un cadre qui reste encore à remplir[3]. Sans doute, elle découvre quelque peu la notion qu'elle analyse, en faisant voir que les justices, commutative et distributive, composant ensemble la justice particulière, sont fondées sur l'idée commune d'égalité, l'une visant une égalité arithmétique, d'après l'identité des valeurs échangées, l'autre une égalité géométrique, en vue d'une répartition des charges et des avantages publics, suivant la dignité, le mérite et les ressources de chacun, tandis que la justice sociale ou justice générale détermine, avec le secours de la loi, ce que les membres de la

---

1. Voy. notamment : R. P. Ch. Antoine, s. j., *Cours d'histoire sociale*, 3e éd., Paris, 1905, p. 120-138, p. 141. — V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2 A., Freiburg-i.-B., 1909, p. 45-59, p. 86-90, p. 222-223, p. 243-250. *Moralphilosophie*, 4 A. Freiburg-i-B., 1904, t. I, p. 319-326, p. 450-452, p. 455-456, p. 460-461.

2. Voy. St Thomas d'Aquin, *Summa theologica*, Pars prima, quæst. XX, art. 1, ad tertium : « Dicitur autem esse suum alicujus, quod ad ipsum ordinatur ». — Comp. Secunda secundæ partis, quæst. LVIII, De justitia, et LIX-LXI.

3. Voy., avec quelque exagération : J. Kohler, dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7 A. (2 A., N. B.), t. I, München, Leipzig, Berlin, 1913, I. Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, § 2, Rechtsphilosophie und Rechtspostulate, p. 4-6, notamment p. 5.

communauté ont à apporter en vue du bien commun [1]. — Toutefois, au-dessus de ces distinctions, quelque peu formelles, il reste que l'essence du juste objectif se ramène purement aux principes : « Attribue à chacun ce qui lui revient », et : « Ne fais tort à personne [2] ». Principes précieux assurément [3], mais qui n'offrent qu'une prise bien insuffisante à la pratique, puisqu'il s'agira toujours de savoir à quoi chacun peut légitimement prétendre, ou en quoi consiste le tort dont on doit s'abstenir envers autrui.

Pour répondre à ces questions fondamentales, il faut rechercher ce que la raison nous montre conforme à la nature de l'homme, être social, raisonnable et libre, suivant l'origine et la destinée que nous lui assignons. Dans la mesure où cette investigation nous révélera des règles de conduite extérieure, ayant tendance à la contrainte sociale [4], nous pourrons y reconnaître le juste objectif [5], dont le principe essentiel semble se représenter à l'esprit en l'idée d'un ordre, d'un équilibre, établi suivant une pensée d'harmonie, moral dans sa substance, externe dans ses manifestations, fondé sur les conditions effectives de la vie de l'homme en société. Et l'on voit que l'instrument principal de sa découverte demeure la raison, scrutant la nature des choses, éclairée par l'histoire, et,

---

1. Voy., sur l'égalité *interne* opposée à l'égalité *extérieure* : R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 3 A., Leipzig, 1893, t. I, p. 367-376. — *L'évolution du droit*, trad. de Meulenaere, Paris, 1901, p. 244-250.

2. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., 1904, t. I, p. 487-488. — *Recht, Naturrecht*, 2 A., 1909, p. 222-223.

3. Il semble bien que le système de la solidarité sociale, reposant sur l'idée d'une dette, dont les hommes seraient tenus les uns envers les autres (prétendu quasi-contrat social), ne peut aboutir à justifier les obligations juridiques, que l'on en tire, si ce n'est par application du principe de justice naturelle : « Attribue à chacun le sien ».

4. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 47-48 (n° **16**).

5. Comp. Fr. Geny, *ibid.*, p. 49-51 (n° **16**).

trouvant dans l'idée les éléments du progrès auquel elle aspire [1].

172. — Mais cette notion abstraite de la justice — point de départ indispensable de toute la recherche — reste, en elle-même, trop générale, trop vague et trop lointaine, pour constituer une base suffisante à l'élaboration scientifique du droit objectif. Elle implique, d'ailleurs, aussi, puisqu'elle fait appel à l'origine et à la destinée de l'homme, pour dégager les exigences de sa nature, une philosophie première, sur laquelle on tombera malaisément d'accord. — Et, de même que la règle de droit peut, subsidiairement au principe premier seul capable de la justifier pleinement, se fonder sur des principes intermédiaires plus facilement acceptables à tous les esprits [2], ainsi le contenu abstrait de la justice devient plus accessible, si nous le décomposons en quelques notions moins profondes et mieux adaptées à la vie qu'il s'agit de rejoindre [3]. En même temps, il est vrai, qu'elles se préciseront, ces notions perdront de leur fermeté primordiale· Plus rapprochées de la nature et de l'histoire, elles s'écarteront quelque peu de l'évidence rationnelle, pour s'appuyer sur l'idéal et substituer ses suggestions à la force invincible du vrai reconnu tel par l'esprit. — Par là, nous apparaîtront comme plusieurs plans ou étages de justice objective, se dégradant successivement de la raison pure jusqu'aux faits, et dont chacun abandonne, en force con-

---

1. Sur tout cela, rappr. les développements de Cathrein, résumés plus haut, p. 303-308 (n° **144**).

2. Voy. ci-dessus, n° **164**, p. 362-365.

3. Comp., en ce qui concerne les principes généraux du droit moderne : W. Wilson, *L'Etat.* Eléments d'histoire et de pratique politique, trad. Wilheim, Paris, Giard et Brière, 1902, t. II, n° 1450, p. 387 et n°s 1452-1455, p. 389-390. — G. Faggella, *Fondamento giuridico della responsabilità*, S. Maria. C. V., 1908, p. 9-40. — J. W. Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, t. I. Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin, 1910.

vaincante, ce qu'il gagne, d'autre part, en précision concrète [1].

Sans développer ici tout le contenu de cette idée, qui nous conduirait à scruter, par le menu, les éléments les plus ténus et les plus délicats du système juridique, c'est assez pour notre but, d'en montrer le jeu le plus général, au moyen de quelques explications, appuyées d'exemples symptomatiques.

En partant, au sommet de la recherche, du principe de la justice, ou du juste objectif pris en soi [2], nous pouvons reconnaître, comme formant en quelque sorte un second plan de son contenu, des principes moins abstraits, — bien qu'encore généraux, — tendant à préciser les principales « convenances », qui semblent révéler les plus hautes déductions du précepte fondamental : attribuer à chacun *le sien*. — Ce serait, d'abord, la valeur éminente de la personne humaine, commandant son inviolabilité et suggérant les règles, destinées à lui permettre de s'épanouir et de se développer librement, soit dans ses rapports avec les autres personnes, soit par l'appropriation des biens extérieurs à l'homme. — Puis, comme cette valeur apparaît, à notre raison, illuminée des reflets de l'idéal, identique chez tous les individus, leur coexistence en implique une limitation réciproque, nécessaire pour maintenir l'égalité essentielle, que nous avons perçue incluse dans la notion du juste [3]; d'où résultera cette conciliation des intérêts, qui doit rester l'effort le plus constant du droit. — D'autre part, la liberté comporte, de soi, certaines bornes exigées, en dehors de la coexistence, par des principes supérieurs,

---

1. Comp., sur ce qui suit : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 483-484 (n° **162**) et *Les procédés d'élaboration du droit civil*, dans : *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 187-188.
2. Voy. ci-dessus, p. 390-393 (n° **171**).
3. Voy. ci-dessus, p. 391 (n° **171**).

que la raison place au-dessus du développement des personnalités individuelles, parce qu'ils représentent la notion de l'ordre moral et social, indispensable à la conservation même de l'humanité civilisée [1]. — D'ailleurs, la mise en œuvre de la liberté, ainsi doublement réglementée, ne suffit pas encore à satisfaire notre sentiment profond d'égalité. Car, puisque les individus restent inégaux en fait, la justice distributive, sainement comprise, demande, pour maintenir, en quelque mesure, l'équilibre des moyens, que les faibles soient dédommagés aux dépens des plus forts, ou que les infériorités inévitables soient, autant que possible, réparties entre tous. Et ce résultat, que la raison nous montre désirable, s'accorde mieux encore à l'idéal, grâce auquel les hommes nous apparaissent unis, soit par la fraternité due à une même origine, soit par une solidarité de destinée, qui semble justifier un aplanissement des conditions de lutte. De là pourra surgir tout un système d'obligations mutuelles aboutissant à « handicaper » les activités rivales. — Indépendamment de ces liens d'ordre général, la notion de justice nous révèle, entre les hommes, d'autres liens plus précis, qui ont leur type dans les liens du sang, imposés par la nature, créant des droits et des devoirs naturels. Et, cette idée nouvelle nous laisse entrevoir toute une série de règles, tendant à maintenir la cohésion ferme de la race par l'organisation juridique de la famille, des

---

1. De là, l'importance de la notion d'*ordre public* dans le droit moderne. Voyez-en une application intéressante par J. M. Marx, sous le titre : *Modification profonde de la jurisprudence par les tendances nouvelles de l'opinion*, dans *Archives sociologiques*, publiées par Emile Waxweiler, Bruxelles, 1914, Bulletin 31, p. 404-410. — C'est grâce à la même notion, que s'expliquent les différences, souvent faites par le droit positif, entre nationaux et étrangers, condamnés et non condamnés, faillis et non faillis. — Cons., pour une critique de la notion d'*ordre public* : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 90-98.

communautés qui s'y rattachent (association conjugale quant aux biens sous la forme des divers régimes matrimoniaux), des successions. — On voit, par ces rapides indications, comment, en descendant d'un degré, pour commencer à développer son contenu, la justice objective devient déjà moins évidente et plus sujette à hésitations et à discussion. Ses préceptes, qui mettent en œuvre la nature [1], ont toujours un fondement essentiellement rationnel [2]. Mais ici, la raison se dilue et s'estompe dans son contact avec l'idéal, qui, sans l'emporter encore, vient atténuer notablement la certitude des déductions [3]. L'histoire reste toujours là, pour préciser l'acquit du passé et concilier le progrès désirable avec la stabilité nécessaire [4].

Franchissant encore un échelon, pour nous rapprocher davantage de la vie, nous verrions — comme à un troisième degré de la justice — les principes abstraits se convertir en préceptes de conduite, qui, dans leur généralité, contiennent, du moins, des directions grosses de règles juridiques proprement dites, et s'expriment parfois en ces maximes de vie pratique, où se mire la conscience juridique de l'humanité. — De ces préceptes, les uns font partie d'une tradition acquise et ont largement pénétré la civilisation moderne. Tels : la prohibition de toute dépendance absolue d'homme à homme (esclavage, servage, louage de services à vie); la consécration du droit à la vie, à l'intégrité corporelle, au nom signe de l'individualité, à l'honneur; les diverses libertés, liberté individuelle, liberté de pensée et d'opinion, liberté religieuse, liberté du travail, libertés de réunion, d'association, d'enseignement, de la presse ; l'appropriation individuelle des choses par l'occupation ou par le travail ; l'engagement résultant des pro-

1. Voy. ci-dessus, n° **167**, p. 371-376.
2. Voy. plus haut, n° **169**, p 380-384.
3. Voy. n° **170**, p. 384-389.
4. Voy. n° **168**, p. 376-379.

messes librement faites et acceptées; la réparation des dommages causés par faute; le rétablissement de tout enrichissement obtenu sans cause aux dépens d'autrui [1]; la faculté de disposition des biens, même après décès par la voie du testament; les droits et devoirs issus des liens de famille, dans le mariage, les tutelles, les successions, le régime des biens entre époux. — D'autres préceptes, du même ordre, ont surgi plus récemment dans la conscience moderne et demeurent soumis à la discussion et à la critique. Ainsi : le droit au travail; le droit au produit intégral du travail [2]; le droit à l'existence, conduisant, d'un côté, jusqu'à la légitimation du vol commis en état de nécessité, de l'autre, jusqu'au minimum d'un salaire largement mesuré [3]; la répartition sociale des risques, corrigeant le vieil adage : *casum sentit dominus;* ou, du moins la transformation de l'idée de responsabilité par le risque créé, le risque professionnel, la responsabilité du fait des choses. — Autant de dérivations des principes issus de la notion suprême de justice, grâce à la raison, toujours mise en face du réel, mais de plus en plus affinée par l'idéal, qui déborde souvent les limites de l'entendement

---

1. Voy. notamment : H. Loubers, *L'action « de in rem verso » et les théories de la responsabilité civile*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1912, nouvelle série, t. XLI, p. 396-418, p. 462-486. — E. Bouché-Leclercq, *De l'action « de in rem verso » en droit privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-1914. — Jean Renard, Mémoire sur l'*enrichissement sans cause* (Montpellier, 1913, Paris, 1914).

2. Voy. notamment : A. Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 4. A., Stuttgart, 1910; trad. franç. de A. Bonnet, *Le droit au produit intégral du travail*. Étude historique, avec préface de Ch. Andler, Paris, Giard et Brière, 1900.

3. Cons., à cet égard : L. Brocard, *Le catholicisme social et l'idée du droit à l'existence*, Préface au livre de Ryan, *Salaire et droit à l'existence*, Paris, Giard et Brière, 1910, p. xxii-xxx, et l'ouvrage même de J. A. Ryan. — Voy. aussi : M. Porte *(Le socialisme juridique d'après une étude récente)*, dans *Revue générale du droit*, 1907, t. XXXI, p. 550.

pur et s'appuie à l'évolution historique, afin de justifier ses audaces, sans pouvoir assurément prétendre, pour leurs résultats, à la fermeté d'assiette, dont jouissaient les principes supérieurs.

Cette interversion du rôle des diverses données, servant de base à l'élaboration scientifique du droit, jointe à la dégradation constante de la sécurité dans les résultats de la recherche, ne ferait que s'accentuer, si nous nous éloignions davantage encore des sommets inaccessibles du juste objectif, pour saisir, jusque dans leurs manifestations concrètes, les règles mêmes, qui doivent présider au conflit des intérêts les plus menus de la vie juridique. — Qu'on songe seulement à l'organisation de la responsabilité pour faute et à la combinaison délicate qu'il en faut faire avec la liberté pour chacun d'user de ses droits, si l'on veut sanctionner les limites nécessaires de ceux-ci, en réglant par exemple la mesure des obligations attachées au voisinage [1] ! Ou bien encore que l'on considère la conciliation à réaliser de la liberté de tester avec les droits successoraux de la famille, en vue de résoudre jusqu'aux plus délicates controverses, que soulève l'imputation des libéralités qui menacent la réserve héréditaire ! Ou simplement, que l'on se représente les difficultés inhérentes à la satisfaction simultanée de tous les intérêts engagés dans un problème aussi strictement pratique que celui de l'organisation du crédit hypothécaire [2] ! — A ce point, la notion suprême de justice arrive presque à se dissoudre dans une masse de considérations contingentes ; tellement qu'elle ne peut se réaliser jusqu'au bout, sinon par le

---

1. Voy., par exemple : G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse de doct. Droit, Aix, 1901-*1902*; et, sur cet ouvrage : Fr. Geny *(Risques et responsabilité)*, dans *Revue trim. de dr. civil*, 1902, t. 1, p. 814-815, p. 828-839.

2. Comp. Fr. Geny, dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1910, p. 190-191.

moyen de constructions artificielles, qui nous font entrer dans le domaine de la technique[1].

Toujours pourtant, l'édifice a sa base, profonde et vraiment solide, dans l'idéal de raison et de justice, s'appuyant à la force du « *donné* ». Ainsi compris, le droit naturel demeure le principe suprême de toute élaboration proprement scientifique du droit positif ; — antérieur et supérieur, comme tel, aux combinaisons pratiques, qui, n'en formant que la mise en œuvre variable et quelque peu factice, doivent, malgré leur importance prépondérante, en rester soigneusement distinctes[2].

173. — Si l'on voulait pousser à fond l'application de ces idées générales, il faudrait parcourir et illustrer, à leur clarté, tous les domaines de la vie juridique. Tel ne peut être le programme de cet ouvrage, qui n'entend pas se présenter comme un traité de droit naturel, théorique et appliqué, mais qui se propose seulement de tracer les voies d'investigation, où doit s'engager une libre et large élaboration du droit positif. Je me contenterai donc, — pour achever de mettre en lumière le côté scientifique de pareille élaboration, s'attachant au *donné* pour en tirer les préceptes nécessaires à la vie sociale, — d'une part, de considérer de haut les grands compartiments du droit privé, qui forment comme l'ossature de l'organisation juridique, d'autre part, de signaler une ou deux questions plus menues, où la méthode montrerait aisément sa valeur.

Envisageant, d'abord, les institutions fondamentales du droit privé, droits de la personne, propriété, obligations et contrats, famille, succession après décès, — il me paraît

---

1-2. Voy. la troisième partie de ce travail. — Et, en attendant : Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de* Raymond Saleilles), dans : *L'œuvre juridique de* Raymond Saleilles, Paris, A. Rousseau, 1914, n° **15**, p. 55-60.

aisé de faire apercevoir, en quelques mots, comment elles sont toutes issues de données rationnelles, qui découvrent, dans la nature des choses, vivifiée et mûrie par l'histoire, les éléments rudimentaires des droits essentiels, et que l'idéal permet d'affiner sans cesse, en vue d'une plus pleine réalisation de l'ordre juridique.

Ainsi, ne suffit-il pas de considérer la nature de l'homme, pour y découvrir, par la seule raison, le principe des droits subjectifs à lui reconnaître, afin de lui permettre de développer son être et de poursuivre sa fin [1] ? — Et, d'emblée, ce principe ne condamne pas seulement l'esclavage, même sous ses formes les plus adoucies, — en dépit des sophismes, par lesquels on a si souvent cherché à le défendre, — du moment qu'il entraînerait une abdication véritable de personnalité. Il tend, de plus, à assurer à l'homme toutes les facultés ou prérogatives, que la raison entrevoit, dans les situations créées par les réalités ou par l'histoire, et que l'idéal développe en harmonie avec les exigences de la civilisation, sous les réserves imposées par les nécessités de la coexistence ou l'emprise d'un ordre social supérieur [2]. — De là naissent notamment les libertés publiques [3], les droits de la personnalité [4], la règle générale de la capacité des individus avec toutes ses conséquences.

---

1. « Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit ». Hermogenianus, D. I, 5, *De statu hominum*, fr. 2. — Comp., Just. Inst. *De jure personarum*, I, 3, pr. — Voy. aussi une note suggestive de R. von Jhering, sur le rapport étroit de l'*intérêt* avec le *moi* : *Der Besitzwille*, Jena, 1889, p. 25, note 1. *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. de Meulenaere, Paris, 1891, p. 21, note 5.

2. Voy. ci-dessus, p. 394-395 (n° **172**).

3. Cons., par exemple : Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, n^os^ **65-66**, p. 173-177.

4. Cons., ici, Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, n° **88**, p. 226-230, avec les références. — *Adde*, pour une application — intéressante (boycottage commercial) et envisagée d'un point de vue élevé — du droit général de la personnalité : Trib. fédéral suisse, 16 juin 1906, *Sirey*, 1910.4.14.

De même, et comme par un prolongement de ces idées, on entrevoit facilement, dans la nature de l'homme, le fondement d'une appropriation, à son profit, des biens, que lui offre le monde extérieur, et le principe de la propriété. En effet, comment l'homme pourrait-il suffire aux nécessités physiques de son existence, s'il ne s'attribuait, à quelque moment, les choses dont il a besoin, quand ce ne serait que les objets de consommation. Mais il y a plus. Le développement de l'être humain, suivant sa destinée, requiert, pour lui, appropriation de capitaux productifs, voire même du sol, de la terre. — Voilà ce que nous suggère la raison, qui, en même temps, consacrera, avant tous les autres, comme mode d'acquérir la propriété, l'occupation des choses sans maître. Et, si ces indications rationnelles pouvaient laisser place au doute, nous les trouverions amplement confirmées et fortifiées par l'histoire [1]. — Il n'en résulte pas, d'ailleurs, comme conséquence nécessaire, que tous les biens doivent être appropriés. On peut même dire que le plus grand nombre et les plus précieux restent réservés à l'usage commun (*res communes omnium*, domaine public). La raison, appuyée à la nature, ne nous montre qu'une *possibilité* d appropriation individuelle, que l'histoire met en valeur, sous les inspirations d'un idéal incessamment progressif [2].

C'est encore le développement naturel de la personnalité, qui justifie, aux yeux de la raison, la force obligatoire des contrats, soit pour rendre le promettant débiteur, soit pour transférer sa propriété ou la modifier de mille manières par des droits constitués au profit d'autrui. De

---

1. Voy. ci-dessus, p. 379, note 1 (n° **168**).

2. Rappr. les idées de SAINT THOMAS D'AQUIN, sur le fondement et la notion de la propriété, mises en regard de celles des sociologues modernes, chez S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, p. 355-358. — Voy. aussi : A. FOUILLÉE, *La propriété comme fonction sociale et droit individuel. I. L'appropriation*, dans *Revue bleue*, numéro du 12 décembre 1908, 5e sér., t. X, p. 737-741.

là, le principe des engagements obligatoires, qui peut aussi se ramener au devoir moral de sincérité érigé en obligation juridique, pour satisfaire les besoins de la société humaine[1]. — Les mêmes besoins conduisent à consacrer des obligations, issues d'autres sources, ayant leur base dans ce double principe, que chacun doit réparer le préjudice qu'il a causé à autrui par sa faute et que nul ne peut retenir un enrichissement obtenu sans cause légitime aux dépens d'autrui. — Ici encore, la raison fournit les éléments des règles juridiques, que modifieront, suivant les cas, d'autres considérations, rationnelles ou idéales, comme celles qui contiennent les élans de la volonté obligatoire dans les limites imposées par les nécessités supérieures de l'ordre social à sauvegarder avant tout [2].

Dans un ordre d'idées différent, l'organisation de la famille se présente aussi comme reposant sur certaines données, que l'esprit met spontanément en œuvre. Le principe en est, que l'homme ne naît pas sans attaches avec d'autres hommes, qu'il est issu d'une union naturelle, et que le lien qui résulte de cette union ne saurait, vu sa nature et ses besoins, être passager et accidentel. — De là, l'institution du mariage, auquel la raison impose stabilité et permanence, tandis que d'autres qualités plus raffinées, monogamie, indissolubilité notamment, n'y seraient recommandées que par l'idéal [3]. On aperçoit mieux encore la part de la raison et celle de l'idéal dans une question comme celle de l'inceste (obstacle à un mariage régulier par suite de liens du sang), où se séparent un inceste

---

1. Comp. la doctrine canonique, suivant laquelle manquer à un contrat, c'est mentir à autrui, c'est pécher : L. SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*. Dogmengeschichtliche Untersuchungen, Nördlingen, 1881, § 6, p. 45-52. *Adde :* p. 4-5, p. 7 (§ 1); p. 99-100 (§ 10); p. 107 (§ 11) ; p. 109, p. 115 (§ 12); p. 167 (§ 17).

2. Voy. ce qui est dit, sur ce point, ci-dessous, p. 409-410 (n° **174**).

3. Comp. la doctrine de SAINT THOMAS D'AQUIN, d'après S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, Bruxelles, Paris, 1911, p. 361-364. *Adde :* p. 358-361.

prohibé par les conditions rationnelles de l'union conjugale et un autre inceste, que réprouvent seulement des considérations plus élevées et discutables [1]. — Que si l'on considère les effets du mariage et les liens de famille qui en dérivent, on tombera sans peine d'accord sur la nécessité d'une certaine subordination de la femme au mari et des enfants au père, comme aussi de quelques conséquences évidentes de la parenté ou de l'alliance; mais le développement de ces germes rudimentaires d'organisation ne se fera que sous l'influence d'un idéal variable et indéfiniment progressif [2].

Le droit de succession après décès est, peut-être, des institutions fondamentales du droit privé, la plus difficile à justifier aux yeux de la raison. — Sans doute, on l'expliquerait aisément par la volonté (exprimée ou supposée) du défunt, si celle-ci pouvait excéder la vie de l'individu. Mais la considération naturelle des choses nous suggère plutôt une idée contraire, puisque, une fois mort, l'homme est manifestement impuissant à imposer et à défendre son vouloir. Et, si l'on admet le maintien, après décès, des effets juridiques consommés de son vivant par l'individu, notamment des donations entre vifs qu'il aurait faites [3], ce n'est que par égard pour le besoin de sécurité exigé par la vie juridique et comme en vertu d'une nécessité inhérente à la continuité du monde. Toutefois, on peut se demander si cette nécessité même n'entraîne pas fatalement la consécration juridique du testament; et le fait, qu'une transformation assez simple de l'usage des dispositions entre vifs permet de réaliser, en dépit des obstacles du droit

1. Comp. encore SAINT THOMAS D'AQUIN, d'après S. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, Bruxelles, Paris, 1911, p. 335-338.

2. Voy., par ex., V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4 A., Freiburg-i.-B, t. II, 1904, p. 418-435.

3. C'est l'argument principalement développé, pour justifier la valeur juridique du testament, par A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. I, p. 440-443.

existant, l'effet essentiel d'une disposition testamentaire[1], semble bien fournir, en ce sens, un témoignage décisif. Malgré tout, il faut convenir, je crois, que la reconnaissance juridique du testament, comme acte de disposition après décès, s'appuie moins sur un dictamen de la raison que sur une intuition idéale, tempérée, d'ailleurs, dans ses conséquences, par des considérations sociales ou utilitaires[2]. — Ce point acquis, il reste à justifier le principe de la succession *ab intestat*, qui demeure le type, primordial et fondamental, de toute succession après décès. Mise à part la volonté présumée du défunt, qui n'intervient ici que comme une idée secondaire, et en admettant qu'il serait impossible d'obtenir le résultat utilitaire attendu de l'institution de la propriété, si celle-ci restait purement viagère[3], l'esprit ne nous fait guère entrevoir, pour déterminer ceux à qui reviendront les biens du défunt, de préférence à la communauté[4], que des aspirations un peu vagues, vers une cohésion favorable aux individus eux-mêmes, dans le sein des groupes qui les contiennent de plus près, notamment et avant tout de la famille. Aussi, les auteurs de droit naturel se montrent-ils souvent fort embarrassés, pour justifier pleinement un

---

1. Tel a été, à Rome, semble-t-il, le but principal de la donation *mortis causa* : suppléer aux impossibilités ou aux difficultés du testament : Cons. F. Senn, *Etudes sur le droit des obligations. I. Etude d'un acte juridique causal : la donation à cause de mort*. Paris, 1914, *passim*, notamment, p. 8-9, p. 10-11, p. 12, p. 33, p. 102-112, p. 113-117 (comp. p. 117-121), p. 128-130, p. 140, p. 181-182.

2. Comp. V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., Freiburg-i.-B., 1904, t. II, p. 332-336.

3. Voy. ci-dessus, p. 379, note 1 (nº **168**) et p. 401, texte et note 1 (nº **173**). — Comp. encore : V. Cathrein, *Moralphilosophie*, 4 A., Freiburg-i.-B., 1904, t. II, p. 332-336.

4. Au fond, avouons-le, le retour des biens du défunt à la communauté, qui s'imposerait à défaut d'un système juridique de succession *ab intestat*, nous paraît aujourd'hui nettement absurde et soulèverait, dans son application, des difficultés telles qu'elles ruineraient la paix sociale.

ordre étendu de succession *ab intestat*[1]. A vrai dire, le principe rationnel de la justice apparaît ici quelque peu défaillant. Le *donné historique* fournit seul à la recherche un fondement ferme, que l'idéal permettra d'affiner en vue du progrès et suivant l'évolution des conditions ambiantes[2].

En bref, cet examen très sommaire des institutions capitales du droit privé nous permet de reconnaître, à leur base, un petit nombre de données naturelles, où la raison découvre, non sans peine, quelques directions pour la conduite humaine; l'histoire renforce et précise ces directions, qu'un idéal commun permet encore d'amplifier et d'infléchir dans le sens postulé par le mouvement de la vie sociale. Il y a là un ensemble de *data*, formant l'objet d'une véritable élaboration scientifique, mais dont l'adaptation à la vie ne se fera, d'une façon pleine et adéquate, que par le moyen de procédés faisant appel à une activité plus indépendante[3].

174. — La même conclusion se dégagerait, en se précisant encore, d'études détaillées, portant sur des points plus menus du domaine juridique, où l'influence des données fondamentales du droit transparaît sous la diversité des considérations contingentes, qui suscitent les problèmes particuliers. Ici, les directions rationnelles se traduisent, le plus souvent, en ces « principes intermédiaires »,

---

1. Voy., par exemple : Th. Meyer, *Institutiones juris naturalis*. Friburgi Brisgoviæ, t. II, 1900, p. 197-198 : « Ergo *inter parentes et liberos* successio hereditaria *etiam ab intestato* naturali jure valida est.... — Dicitur « inter parentes et liberos », nam successionem ab intestato secundum propinquitatis gradus minus directos secluso jure positivo per se valere non affirmamus ».

2. Comp. A. Fouillée, *L'héritage*, dans *Revue bleue*, numéro du 19 décembre 1908, 5e sér., t. X, p. 777-781.

3. Voy. ci-après la troisième partie de cet ouvrage. — Comp. Fr. Geny (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 185-194.

représentant comme le résidu synthétique des éléments substantiels de l'organisation juridique positive[1].

Comme je ne puis exposer pleinement ces vues en des exemples, qui exigeraient des monographies minutieuses, je me contenterai de signaler, avec renvoi aux développements fournis ailleurs, les résultats, auxquels j'étais arrivé, relativement aux bases scientifiques d'une institution particulière du droit de la vie courante, dans un travail poursuivi comme essai d'application d'une méthode critique d'interprétation juridique[2].

M'étant proposé d'étudier, en eux-mêmes et dans leurs rapports avec les facultés juridiques concurrentes, les droits, dont les lettres missives sont susceptibles, je suis parti du fait de la correspondance[3], puis j'ai constaté les différents intérêts de la vie humaine ou sociale, auxquels elle répond et qui peuvent se transformer en droits[4]. — Cette considération rationnelle de la nature des choses m'a fait reconnaître, tout d'abord, du point de vue juridique, la nécessité d'un principe, assurant la liberté et l'inviolabilité des correspondances, qui donnât lieu, de ce chef, à un droit faisant partie des libertés publiques ou des droits individuels[5]. — A côté de cette faculté générale, le secret privé des correspondances m'est apparu fondé sur un besoin d'expansion intime, qui répond à une attente commune et engendre une faculté de caractère privé, le droit d'empêcher la communication des lettres de nature à atteindre les personnalités qui s'y trouvent touchées, soit

---

1. Comp. ci-dessus, n° **164**, p. 362-365 et p. 393-394 (n° **172**).

2. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français.* Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1911.

3. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, nos **1-9**, p. 1-11.

4. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, nos **10-14**, p. 11-19 et nos **49-52**, p. 137-144.

5. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, n° **53**, p. 146-148 et nos **64-65**, p. 172-175.

l'expéditeur, soit le destinataire, soit même les tiers [1]. Ce droit se précise en face des lettres confidentielles, dont la notion dépend des mêmes idées [2]. — Sauf le secret, le destinataire de lettres missives trouve, dans sa qualité même, la source d'un droit d'usage et de possession, qui lui confère pleine souveraineté sur les lettres qu'il a reçues et lui permet d'en tirer, en principe, tous les profits dont elles sont susceptibles [3]. — Cela n'empêche pas, pour les lettres donnant lieu à publication littéraire, que celui, dont elles émanent, ait sur elles le droit d'auteur, auquel elles peuvent éventuellement prêter [4]. — De même encore que tous ceux, qui trouveraient dans les missives un instrument de preuve, sont investis, de par le droit commun, de la faculté de les faire valoir à ce titre [5].

Quand les intérêts divers, ainsi mis en jeu par la correspondance, entrent en conflit, comme on l'aperçoit surtout à propos de la production en justice des missives, la raison nous invite à faire prévaloir le droit le plus fort, à moins qu'il ne soit possible de faire à chacun sa part. C'est ainsi, qu'on voit le droit à la preuve l'emporter souvent sur le droit d'usage et de possession, tandis que tous deux peuvent être entravés, dans leur exercice, par le droit au secret [6]. — Et, c'est suivant des principes analogues, que se réglera le concours des divers droits, que comportent les lettres, avec d'autres facultés, consacrées par le droit com-

---

1. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, n° **67**, p. 179-181; n[os] **70-71**, p. 183-190; p. 191 (n° **72**); n[os] **74-76**, p. 194-202; n° **86**, p. 221-224. Comp. n[os] **87-89**, p. 224-233.

2. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, n[os] **81-83**, p. 208-219.

3. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, n[os] **90-92**, p. 235-242. Comp. n[os] **123-126**, p. 316-323.

4. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, chapitre sixième, p. 333-395, *passim*.

5. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. II, chapitre septième, p. 2-107, *passim*, notamment n[os] **176-179**, p. 83-92.

6. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. II, chapitre huitième, p. 109-167, *passim*.

mun, droits de puissance sur les aliénés et les mineurs, droits respectifs ou communs des époux, droits des héritiers, droits des créanciers, enfin, droits de la justice criminelle[1].

Or, à la base de ces règlements complexes, j'ai rencontré toujours, appuyées à la nature des choses, quelques idées rationnelles, que des considérations idéales permettaient parfois de pousser au delà de leurs conséquences en vue d'une réglementation juridique répondant aux exigences du progrès. Et, le tout se concrétisait dans une évolution historique, qui trouvait ses points d'appui principaux dans le mouvement de la doctrine, dans le développement de la jurisprudence, dans les usages de la pratique principalement objectivés ici par les règlements postaux[2]. — C'étaient là autant de données, empruntées à la vie sociale, et qui, concentrées autour de l'élément rationnel s'imposant avant tout, restaient susceptibles d'une évaluation expérimentale, ou du moins, offraient prise à la croyance et à la science, pour fonder, de façon sûre, les facultés juridiques réclamées par le phénomène social de la correspondance par lettres. Assurément, d'ailleurs, ces données ne fournissaient encore à la réglementation du droit qu'une base un peu vague, s'adaptant maladroitement à la vie, et que pouvait seule mettre en pleine valeur une technique, consciemment élaborée par la volonté humaine et comportant des ressources variées et complexes. — Il n'en reste pas moins que toute cette élaboration, rigoureusement juridique, repose sur quelques éléments objectifs, dont la force nécessitante en faveur de certaines règles de conduite ne peut être niée[3]. Et, c'est

1. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. II, seconde partie, p. 169-416.

2. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I, Avant propos, p. XVII-XIX.

3. Fr. Geny, *Droits sur les lettres missives*, 1911, t. I (Avant-propos),

ainsi, qu'à la base d'une matière très menue et très pratique de discipline sociale, se révèle, malgré tout, une sorte de tréfonds, indépendant de tout artifice et se prêtant à l'élaboration scientifique, tranchons le mot, un noyau essentiel de *droit naturel*, qui, si réduit qu'il soit, soutient nécessairement, à lui seul, tout l'édifice de la construction juridique.

Cet élément, irréductible et fondamental, apparaîtrait mieux encore, parce qu'il y tiendrait la place prépondérante, dans une théorie juridique de plus large envergure, comme celle de l'autonomie de la volonté privée dont la critique a été présentée par E. Gounot avec tant de finesse et de sagacité [1]. Ici, il s'agit essentiellement de rechercher si et dans quelle mesure les décrets, diversement influencés, que projette la volonté des intéressés (volonté simple ou multiple, suivant les cas), doivent être reconnus capables de déterminer les droits ou de les modifier, d'après les désirs individuels de l'homme. Or, pour trancher pareil problème, — qui, manifestement, domine toute l'organisation juridique et offre des aspects infiniment variés, suivant, par exemple, qu'il se limite au commerce privé ou qu'il s'étend à la disposition gratuite des biens (jusqu'aux fondations et substitutions), ou que même il prétend régir les relations de famille et leurs conséquences, — il faut, prenant les faits qui manifestent les tendances de la volonté en face de l'ordre supérieur des choses, apprécier, d'après la raison, son pouvoir et ses limites. Des jugements de valeur se montrent indispensables, qui s'appuient à des idées reconnues par la conscience universelle et les combinent avec des aspirations

---

p. VIII-IX ; t. II (Conclusion), p. 418-419 n° **323**) et n° **324**, p. 420-421. Comp. p. 417-418 (n° **323**) et n° **325**, p. 421-423.

1. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*.

plus hautes, basées sur un idéal entrevu par intuition, pour en tirer des directions, aptes à guider la conduite humaine, sous le couvert d'une évolution historique sagement révélatrice. Et, si la mise en œuvre pratique de ces données requiert, en plus, des éléments artificiels, que fournira seul l'ordre technique, il reste que, sans ces données elles-mêmes, qui doivent avant tout être dégagées et appréciées, le droit des actes juridiques et des contrats demeurerait dépourvu de son assise essentielle et ne saurait même donner lieu à une élaboration technique efficace [1].

174 *bis.* — Enfin, nous trouverions matière à une application, plus saisissante et plus précise, des mêmes idées générales, si, pénétrant dans un domaine qui dépasse celui du droit privé commun, nous considérions, un instant, du point de vue élevé, que commande toute élaboration scientifique du droit positif, la question, actuellement brûlante, de la réparation des dommages causés, par la guerre, aux intérêts privés, notamment à la propriété des particuliers [2].

---

1. C'est ce qui ressort, pour ainsi dire, à chaque page, du travail d'E. Gounot, cité à la note qui précède. — Comp. le même problème, traité, d'après une méthode différente, par R. Stammler, suivant ce qui a été résumé, avec références, ci-dessus : p. 164-176 (nos **108-110**). — Voy. aussi, sur L. Brütt : ci-dessus, p. 190, texte et note 4 (n° **114**).

2. Cons. surtout les travaux du *Comité national d'action pour la réparation intégrale des dommages causés par la guerre*, sous la présidence de F. Larnaude, doyen de la Faculté de droit de Paris. — Voy. aussi H. de Vaulx, *La responsabilité de l'État français à raison des dommages causés par les faits de guerre*, thèse de doctorat. Droit, Nancy, 1912-*1913*. — *Rapport* de L. Marin, député, sur la proposition de loi *tendant à réglementer la réparation de certains dommages matériels provenant de faits de guerre continentale ou de l'occupation du territoire par une armée ennemie*, dans *Journal officiel*, Documents parlementaires, Chambre des députés, Session ordinaire de 1914, Annexe, n° 3700, p. 1445-1452. — G. Jèze, *La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre*, dans *Revue du droit public et de*

Étant donné le fait de dommages considérables, occasionnés par des circonstances, extrêmement variables dans leurs détails concrets, mais se plaçant toutes sous la notion d'événements de guerre[1], et supposé qu'il soit pratiquement impossible d'en faire supporter la pleine responsabilité aux auteurs de la conflagration générale, ou aux belligérants qui auraient violé les lois internationales reconnues[2], de telle sorte que la question doive, — pour tout ou pour partie, — principalement ou subsidiairement, — se régler au sein même du pays, où aient été subi les dommages, il faut savoir, si le poids en restera tout entier à la charge des victimes, frappées par le hasard des batailles, ou si la répartition ne devra pas s'en faire, par les voies strictement juridiques, entre tous les membres de la communauté nationale, dont font partie ces victimes, de façon à assurer à celles-ci, prises individuellement, une réparation (intégrale en principe), du préjudice éprouvé, aux dépens de l'État.

En écartant les cas d'une responsabilité, qui incomberait à ce dernier, du chef d'une faute caractérisée, il paraissait difficile de trouver, dans notre droit positif historiquement constitué, — en dehors de quelques cas particuliers réglés légalement, — le principe de cette répa-

---

la science politique, 1915, t. XXXII, p. 5-80. — J. de Bruignac, *La réparation des dommages de guerre*, dans *La Réforme sociale*, n° des 1-16 avril 1915, t. LXIX, p. 245-257. — *Projet de loi* (exposé des motifs et dispositif) relatif à la *réparation des dommages causés par les faits de guerre*, dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 360-367.

1. Sur la distinction possible du fait général de la guerre et du fait spécial de l'invasion, voy. P. Forgeot, *Notion juridique de l'invasion* (Comité national, c, avril 1915, IV).

2. Comp., pour la justification de cette réserve, les judicieuses observations de R. Carré de Malberg. *Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre* (Comité national, h, juin 1915), n°s 2-4, p. 3-8. *Adde* p. 12-15 (n° 9). — Rappr. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 9-12.

ration [1]. Et, il est remarquable, qu'en dépit de l'antiquité d'un problème, que la violence des vieux âges a tant de fois posé, et dont notre sensibilité plus raffinée, en face des complexités de la vie moderne, n'a pu qu'augmenter l'acuité, les seuls précédents, encore bien vagues, des solutions aujourd'hui envisagées, se rencontrent en quelques lois, d'ailleurs incomplètement exécutées, de la période révolutionnaire [2]. Aussi bien, paraît-il certain, — ne fût-ce qu'en considération des modalités d'application nécessaires à fixer, — que l'intervention législative soit, à l'heure actuelle, indispensable, pour régler, du point de vue technique, la mise en œuvre d'une répartition si délicate à opérer [3].

Mais, ce qu'il importe de relever, — et ce qui seul nous intéresse ici, — c'est que le principe de cette législation réparatrice a été accepté — en dépit de quelques résistances intéressées — par un élan spontané de l'opinion publique. Et, si nous cherchons la raison d'être profonde de cette conviction, à peu près unanimement partagée par

---

1. Comp. J. Barthélemy, *Le droit à la réparation intégrale des dommages de guerre* (Comité national, F), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 mai 1915, t. LXXXIII, p. 201-218, notamment p. 203-216; — et R. Carré de Malberg, *Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre* (Comité national, H, juin 1915), p. 3 (n° 1); p. 8-10 (n°s 5-6). Comp., p. 12-15 (n° 9).

2. Cons. R. Mauduit, *La réparation des dommages causés par la guerre* (Antécédents historiques), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 février 1915, t. LXXXII, p. 132-139. — G. Jèze (*La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre*), dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 54-74. — *Adde* : Exposé des motifs du projet de loi, dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 361-363.

3. Voy., très nettement en ce sens : F. Larnaude, *La réparation des dommages causés par la guerre*. Principes et applications (Comité national, G, juin 1915, p. 24), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 juin 1915, t. LXXXIII, p. 437. — R. Carré de Malberg, *Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre* (Comité national, H, juin 1915), p. 9 (n° 5); p. 10-11 (n°s 7-9); p. 15 (n° 10).

les hommes d'étude[1], nous la découvrons sans peine dans l'idée, vivement sentie, d'une solidarité nationale, imposant l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques, surtout quand celles-ci surgissent des nécessités de défense de l'intérêt commun et tendent à sauvegarder l'existence et l'honneur de la nation[2]. S'il n'y a pas là un concept de la pure raison, on peut y voir une donnée idéale, qui devient irrésistible dans l'objectivité la faisant commune à tous les esprits. Et, sans doute, cette idée, un peu nouvelle, — bien qu'elle se rattache à un mouvement de pensée plus large, d'où résulterait une sorte de péréquation générale des risques sociaux[3], — ne s'impose encore que de façon timide et avec certaines limites. Elle ne saurait être poussée jusqu'au bout de sa logique, et ne se réalisera qu'en face de situations vraiment choquantes, après une sorte de balance compensatoire pour les dommages éprouvés, de façon à peu près égale, par tous les nationaux[4]. Si elle justifie bien, au

---

1. Voy. pourtant : MARION, dans *Journal des débats*, n° du vendredi 11 décembre 1914. — COLSON. *Observations présentées à la réunion de la Société d'économie politique*, le 5 février 1915, *Journal des économistes*, n° du 15 janvier 1915 (paru en février 1915), p. 71-73. — E. VILLEY, *La réparation des dommages causés par la guerre*, dans *Revue d'économie politique*, 1915, t. XXIX, p. 218-227. — Ces auteurs n'admettent, au profit des victimes de dommages de guerre, que des secours, non un véritable droit.

2. Comp. G. GÈZE *La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre* , dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 16-54. — J. BARTHÉLEMY, *Le droit à la réparation des dommages de guerre* (Comité national, F), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 mai 1915, t. LXXXIII. p. 205-216. — F. LARNAUDE, *La réparation des dommages causés par la guerre*. Principes et applications (Comité national, G, juin 1915, p. 4-7. *Adde* p. 7-16), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 juin 1915, t. LXXXIII, p. 418-420. *Adde*, p. 420-429. — R. CARRÉ de MALBERG, *Du fondement du droit à la réparation intégrale* (Comité national, H. juin 1915), p. 15-21 (nos 10-17).

3. Voy. ci-dessus, avec les références : p. 388, notes 1 et 2 (n° **171**). *Adde*, p. 397, *in fine* (n° **172**).

4. C'est ce qui permettrait de répondre à l'objection principale,

profit des victimes, un droit proprement dit[1], ce n'est peut-être pas un droit, livré à la libre autonomie du régime commun; et, indépendamment des tempéraments apportés à son exigibilité, l'origine de ce *jus novum* l'affectera sans doute de certaines modalités, tendant à lui assurer une destination vraiment nationale[2]. Bref, il faut prévoir que la technique juridique, travaillant sur ce sujet original, visera à l'informer en vue d'une pleine adaptation à la vie[3]. Souhaitons toutefois que, sous prétexte de le mettre en œuvre, elle n'aboutisse pas à annihiler pratiquement un *droit*, dont le germe paraît aujourd'hui nettement dégagé, en conformité des aspirations les plus profondes de l'heure présente.

Ainsi, en tous problèmes du droit, dans les plus hauts comme dans les plus modestes, on retrouve, à la base, ce fonds issu de la nature des choses, — aux prises avec

---

dirigée par E. Villey, contre le principe du *droit* à la réparation intégrale des dommages de guerre (dans *Revue d'économie politique*, 1915, t. XXIX, p. 220-223, p. 226-227, p. 230-231) et tirée surtout de l'énormité des conséquences (illimitées) du principe. — Comp. les justes observations de G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 50-51.

1. Voy. surtout : J. Barthélemy, *Le droit à la réparation intégrale des dommages de guerre* (Comité national, F), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 mai 1915, t. LXXXIII, p. 201-203. — *Adde :* F. Larnaude, *La réparation des dommages causés par la guerre* (Comité national, G, juin 1915, p. 5-6), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 juin 1915, t. LXXXIII, p. 419-420. — Comp. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 12-16.

2. Comp. notamment : F. Larnaude, *La réparation des dommages causés par la guerre* (Comité national, G, juin 1915, p. 7-10, p. 16-22, p. 25), dans *Revue politique et parlementaire*, n° du 10 juin 1915, t. LXXXIII, p. 420-423, p. 429-435, p. 437-438; — et R. Carré de Malberg, *Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre* (Comité national. H, juin 1915), p. 21-24 (n° 18). — *Adde :* Exposé des motifs du projet de loi, dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 363-367.

3. Voy. encore : M. Hauriou, *Note sur le principe et l'étendue du droit à indemnité pour les victimes des dommages de guerre* (Comité national, C, avril 1915, V), p. 1-4.

la raison et l'idéal, et fécondée par l'évolution historique, — qui nous représente le « *donné* » de la vie juridique inéluctable dans son essence, supérieur aux contingences et susceptible, sous l'impulsion des forces obscures qui sont en nous, d'une véritable élaboration scientifique.

IV

175. — Reste à montrer comment l'aperçu, qui vient d'être esquissé[1], s'accorde au mouvement général des idées, touchant les bases nécessaires d'une élaboration scientifique du droit positif, d'après le tableau présenté plus haut[2], et à en déduire les conclusions générales pour l'objet propre de la présente étude.

Dès l'abord, j'ai manifesté l'intention de laisser à part toute ambition d'originalité véritable et de me borner à tenter une synthèse des vues déjà proposées par d'autres, où l'on pût, conformément à notre but, chercher une assiette ferme au droit positif, en le rattachant aux données de la nature et de la vie sociales[3]. Il me paraît aisé maintenant de justifier, en quelques mots, que tel est le principal résultat des recherches et réflexions qui précèdent. Ceci ne saurait empêcher, d'ailleurs, que nous n'ayons nos préférences raisonnées, que parfois nous nous rapprochions davantage de certaines conceptions, moins en faveur, voire même, que, sur quelques points, nous tranchions nettement dans le vif des oppositions subsistantes. Nous ne visons pas un éclectisme aveugle, mais un syncrétisme raisonné.

---

1. Voy. principalement les n^os^ **166-174** *bis*, p. 369-415.
2. Voy. Seconde partie, chapitres second (VII) à huitième (XIII), qui précèdent, n^os^ **72-159**, p. 21-350. — Cons. aussi : J. BONNECASE, *La « notion de droit » en France au XIXe siècle*, dans *Revue générale du droit*, 1915, t. XXXIX, p. 327-344 (1er article).
3. Voy. ci-dessus, p. 351-352 (n° **160**).

Avant tout, il est visible que nous avons retenu et placé, en première ligne, l'idée essentielle du droit naturel classique. Car notre affirmation capitale réside dans la reconnaissance des principes, que la raison dérive de la nature de l'homme, placé en face du monde, et qui, tant d'après leur origine que dans leur essence propre, apparaissent universels et immuables[1]. Dès lors que ces principes suggèrent des règles pour la conduite extérieure des hommes entre eux, avec tendance à la contrainte sociale[2], nous n'hésitons pas à y trouver le germe de préceptes de droit positif[3]. Nous cherchons seulement, pour leur maintenir toute leur force, à les contenir strictement dans les limites des données naturelles et rationnelles qui les fondent, et, ainsi, nous espérons éviter l'écueil, contre lequel se sont heurtés la plupart des auteurs de *systèmes* de droit naturel, en prétendant déduire, par la seule puissance de la raison, les règles les plus menues de l'organisation juridique[4]. Si réduit qu'il soit, notre noyau de droit naturel suffit à constituer, pour les constructions ultérieures de la jurisprudence, une base objective dominant toutes les contingences des faits ou des volontés.

Par là même, nous nous rencontrons avec la conclusion essentielle de L. Duguit, dont la caractéristique la plus nette, en dépit des sophismes et des déformations de langage qui l'accompagnent, reste l'affirmation franche d'un droit objectif, indépendant des volontés capricieuses des

---

1. Voy. notamment, p. 380-381 (n° **169**).

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I. Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52.

3. E. I. Bekker, qui a combattu avec acharnement la doctrine du droit naturel (voy. ci-dessus, p. 34, texte et note 4 [n° **75**]), admet cependant que Dieu ou la nature ait mis en nous quelques germes de justice, que l'homme développe par sa volonté. Voy. E. I. Bekker, *Das Recht als Menschenwerk und seine Grundlagen*, Heidelberg, 1912, notamment p. 29, p. 33.

4. Voy. notamment, ci-dessus, n° **159**, p. 349-350 et les renvois.

hommes, régissant les gouvernants aussi bien que les gouvernés[1].

Si, d'autre part, une conception analogue se dégage, d'une façon quelque peu brumeuse, de l'*idéalisme social* et du *droit juste* de R. STAMMLER[2], nous emprunterions encore volontiers à celui-ci d'autres éléments, que son œuvre met plus décidément en lumière, notamment la distinction de la forme et du contenu. Appliquée à la vie sociale, cette distinction fait apercevoir, dans le droit (*das Recht*), la forme d'une matière, objectivement donnée, qui constitue proprement l'économie (*die Wirtschaft*)[3]. Nous entendrions seulement la distinction avec une certaine largeur, en spécifiant la forme juridique comme une discipline de vie, pourvue des caractères inhérents à toute discipline. En même temps, nous utiliserions certaines idées, développées par les disciples de R. STAMMLER, par exemple celle des *fins* ou *principes intermédiaires*, que L. BRÜTT, entre autres, a su nettement mettre en lumière[4].

La théorie de J. KOHLER et des néo-hégéliens[5], qu'il représente, n'irait pas sans nous laisser aussi quelque confirmation précieuse, dans son affirmation de la nécessité d'une métaphysique à la base de toute organisation juridique, et un appoint non négligeable, dans le concept du progrès de la civilisation comme idéal à poursuivre.

Il n'est pas jusqu'aux recherches de l'École sociologique[6] et aux efforts, plus tourmentés, poussés dans cette

---

1. Voy. ci-dessus, Seconde partie, chapitre septième (XII), notamment n° **130**, p. 248-253; comp. n^os **119-122**, p. 202-214.

2. Voy. ci-dessus : Seconde partie, chapitre sixième (XI), notamment n^os **101-111**, p. 137-179.

3. Voy. ci-dessus : p. 141, texte et note 4 (n° **102**); p. 148-150 (n° **104**); p. 178 (n° **111**); p. 181 (n° **112**).

4. Voy. ci-dessus, p. 189-190 (n° **114**).

5. Voy. ci-dessus, Seconde partie, chapitre cinquième (X), n^os **92-97**, p. 111-126.

6. Voy. ci-dessus, Seconde partie, chapitre troisième (VIII), notamment n° **80**, p. 52-55; n^os **85-86**, p. 74-86.

direction par M. Hauriou [1], dont nous n'alléguerions l'exemple et l'autorité, pour obtenir la précision des faits, servant d'assiette nécessaire au droit, dans le domaine du réel et de l'histoire.

Et, si nous rejetons tout à fait, en raison de leurs prémisses inacceptables, les systèmes *a priori* du socialisme juridique [2] ou de l'individualisme anarchique [3], nous saurions encore tirer quelque profit de l'idée du but, si fortement mise en relief par R. von Jhering [4] et, au fond, moins inexacte qu'incomplète [5], de la jurisprudence de sentiment (*Gefühlsjurisprudenz*) [6], qui rappelle le rôle nécessaire de l'intuition dans la constitution du droit [7], de la doctrine générale du droit (*Allgemeine Rechtslehre*) [8], où nous verrions la transition de nos principes intermédiaires [9] à la technique juridique; de même que l'excès du positivisme juridique [10] demeure, à nos yeux, comme un signe révélateur de l'insuffisance de la science et de la nécessité capitale d'une technique du droit positif.

176. — Malgré ces emprunts ou ces rapprochements, qui dénotent surtout l'effet des analogies foncières, surgissant de l'essence des choses sous les efforts de l'esprit [11], je

1. Voy. ci-dessus, chapitre quatrième (IX), nos **87-91**, p. 87-110.
2. Voy. ci-dessus, n° **74**, p. 24-30.
3. Voy. ci-dessus, n° **73**, p. 22-24.
4. Voy. ci-dessus, n° **76**, p. 39-43. — *Adde :* n° **77**, p. 43-48.
5. Voy. ci-dessus p. 40-42 (n° **76**). — *Adde :* Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 470-471 (n° **159**).
6. Voy. ci-dessus, p. 17-18 (n° **71**).
7. Voy. ci-dessus, notamment n° **69**, p. 4-10, et p. 353 (n° **161**).
8. Voy. ci-dessus, p. 36, texte et notes 1-2 (n° **75**).
9. Comp. ci-dessus, n° **164**, p. 362-365; p. 393-394 (n° **172**); p. 406, texte et note 1 (n° **174**). — *Adde :* ci-après, la troisième partie de ce travail.
10. Voy. ci-dessus, n° **75**, p. 31-39.
11. Comp. Fr. Geny. *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 157-158 (n° **54**).

maintiendrais, à l'ensemble des idées, présentées en ce chapitre, sur les bases fondamentales du droit positif, le caractère primordial d'une conception rationaliste, en ce sens que, pour moi, le droit, tel que le peuvent dégager la science et la croyance, demeure essentiellement une construction rationnelle, établie sur des éléments fournis par la nature. Et c'est pourquoi, en dépit du discrédit que je m'expose à encourir par cet aveu, je tiens à affirmer énergiquement, une fois de plus, la nécessité inéluctable d'un minimum de droit naturel.

Évidemment, il faut s'entendre sur le sens de ces mots : droit naturel. Et, pour éviter toute équivoque, je veux encore résumer, une dernière fois, les indications précédemment données à ce sujet.

Au sens le plus strict du mot, le droit naturel est l'ensemble des règles juridiques, que la raison dégage de la nature même des choses, dont l'homme est une partie, et qui correspondent à ce que nous avons appelé les données naturelles et rationnelles du droit positif [1]. Dans une acception un peu plus large, on comprendra, sous le nom de droit naturel, les préceptes de la conduite humaine extérieure, que recommandent des aspirations moins nécessitées par les faits, répondant à la notion de perfection morale, de convenance, d'utilité, issues de toutes ces données idéales, qui nous ont paru devoir figurer aussi au nombre des éléments constitutifs du droit positif [2]. Nous savons que les Romains allaient plus loin encore et qu'assimilant parfois le *jus naturale* au *jus gentium* [3], ils y faisaient entrer cet élément historique, de caractère général, auquel il nous a semblé nécessaire de faire également sa part parmi toutes les données fondamentales de l'organisation juridique [4]. — Toutes ces variétés de signification, un peu

1. Voy. ci-dessus, n° **167**, p. 371-376, et n° **169**, p. 380-384.
2. Voy. plus haut, n° **170**, p. 384-389.
3. Voy. ci-dessus, p. 379 (n° **168**).
4. Voy., n° **168**, p. 376-379.

troublantes avec leurs nuances parfois subtiles, peuvent être conservées, à condition de s'en expliquer, dans leur emploi. Mais ce qui demeure leur trait commun essentiel, c'est qu'il existe à la base des institutions sociales un fonds de vérité, étranger et supérieur aux volontés et aux caprices des hommes, qui est bien matière de science ou de croyance, mais qui domine et limite toute action, dans la sphère du droit.

Et, il n'est pas douteux, qu'ainsi compris, le droit naturel doive, suivant la première signification présentée plus haut, résider, *avant tout*, dans la nature et la raison.

Il est bien vrai que ce *donné naturel et rationnel* ne se fixe, dans la vie sociale de l'humanité, que grâce à un développement historique, nécessaire pour l'incorporer à la conduite effective des hommes et le faire entrer au sein de l'évolution du monde. D'autre part, cette évolution même ne s'accomplit, que sous l'influence d'un idéal, qui lui-même perfectionne la nature et affine le jeu de la raison. Malgré tout, la base fondamentale du droit subsiste dans l'ensemble, à la fois naturel et rationnel, d'où surgissent les premières règles de conduite. Et nous pouvons affirmer, du moins, que son substratum essentiel reste commandé par une force supérieure, devant laquelle le jugement individuel ne peut que s'incliner, en reconnaissant sa puissance éminente, en même temps qu'il confesse l'obscurité et le vague de ses suggestions.

177. — Des développements qui précèdent, se dégageront très simplement, maintenant, les conclusions de cette longue recherche, consacrée aux bases objectives de l'élaboration scientifique du droit positif[1].

---

1. Sur ce qui suit, Comp. Fr. Geny (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 184-194.

La question posée était celle de savoir ce que la vie sociale, se proposant à la raison de l'homme, offre, d'elle-même, pour la constitution de règles juridiques, sans que l'activité propre du jurisconsulte doive entrer en jeu, autrement qu'à l'effet de reconnaître les préceptes surgissant ainsi du monde réel.

Or, notre réponse tient en deux propositions, qui se limitent et se complètent mutuellement :

1° Les données objectives de la nature et de l'esprit contiennent, pour la direction de la conduite humaine, dans l'ordre social, certains éléments de réglementation, qui s'imposent en dehors de tout artifice. Ces éléments ne se révéleront, que sous l'effort d'une investigation véritablement scientifique, mise en mouvement par un élan de croyance; l'une et l'autre de ces deux forces (science-croyance) étant également nécessaires pour tracer sa voie à la volonté humaine. Dès lors, une recherche de *droit naturel*, conduite à la fois par la raison et l'intuition interrogeant ensemble l'expérience, reste indispensable, avant toute autre élaboration, pour préparer les bases profondes de l'organisation juridique positive.

2° Mais ces données objectives, conditionnant l'existence même du droit, fussent-elles auscultées avec toutes les puissances qui constituent la connaissance humaine, ne peuvent fournir que des directions générales et vagues à l'ordre juridique positif. Les formules, qu'on en pourra tirer, n'arriveront pas à saisir pleinement les faits, parfois même n'offriront guère plus que des cadres vides. Il faudra donc, pour compléter et vivifier ces maigres résultats de la connaissance, recourir à l'action, à la pratique, impliquant une intervention plus décisive de la volonté.

Telle sera l'œuvre propre de la technique juridique, se superposant à la science et à la croyance, parfois même entrant en lutte avec elles, donnant lieu, dès lors, à une

élaboration nettement distincte, qui demande à être envisagée à part, tant pour elle-même qu'à raison des conflits qu'elle suscite[1].

1. Ce sera l'objet des deux parties qui doivent terminer le présent ouvrage.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.



